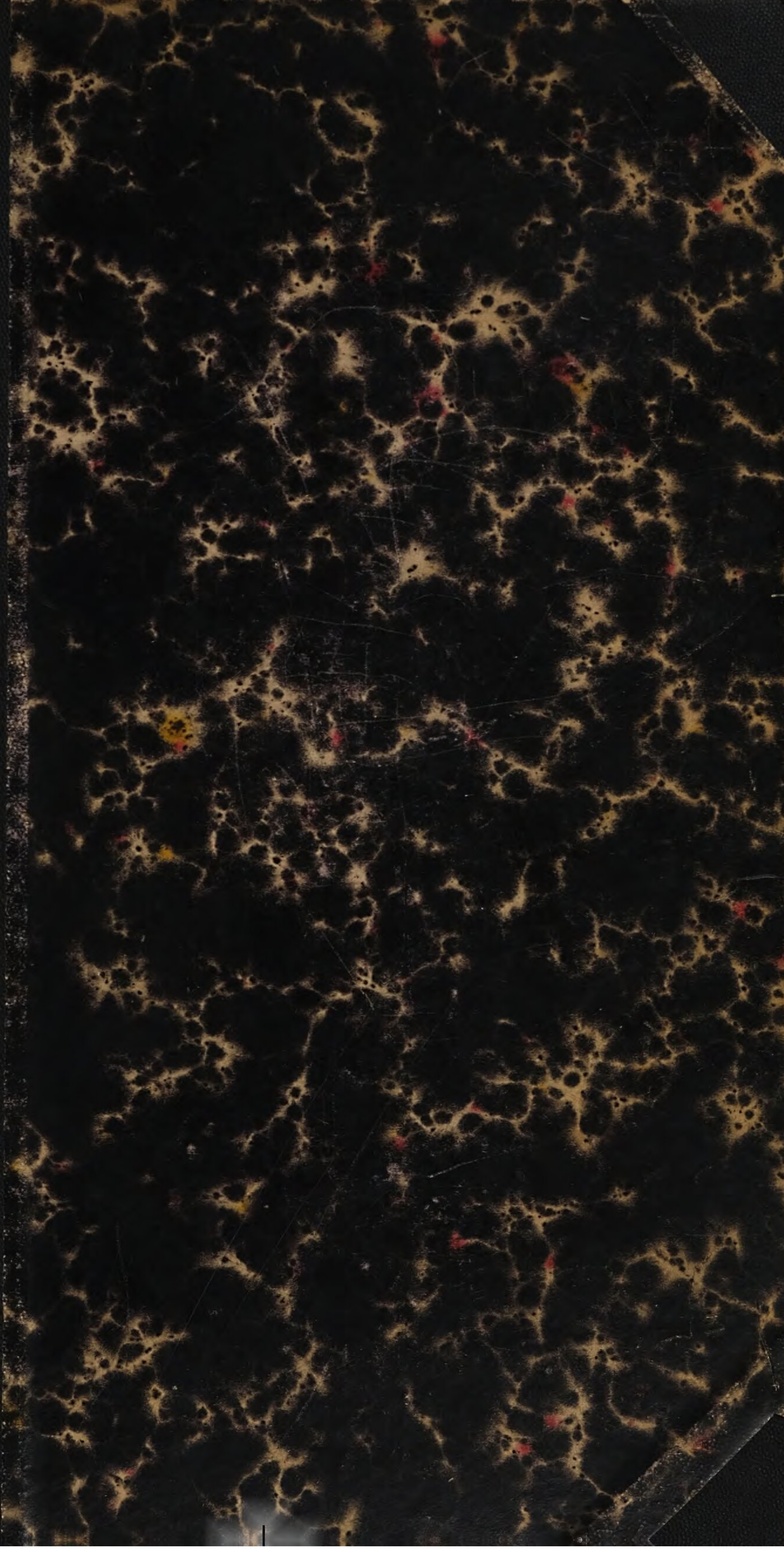


m.
27



From m.

49 g

Blume.

Novation, Delegation und Schuldübertragung.

Abhandlungen aus dem römischen Rechte

von

Wilhelm von Blume,

Dr. jur. und Privatdozenten an d. Univ. Göttingen.



Göttingen
Vandenhoeck und Ruprecht
1895.

1248

Verlag von Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen.

Soeben sind erschienen:

Thomas Carlyle, socialpolitische Schriften.

Aus dem Englischen übersetzt von E. Pfannkuche.

1. Band.

Mit einer Einleitung und Anmerkungen

herausgegeben von

Dr. P. Hensel,

Privatdocenten in Straßburg i. E.

18 Bogen 8. Preis geh. 4 Mk., geb. 4 Mk. 80 Pfg.

Bei dem Interesse, welches man gegenwärtig in socialpolitischen Kreisen Thomas Carlyle's Schriften und Person entgegenbringt, wird dieses auf 2—3 Bände berechnete Unternehmen freudig begrüßt werden. Obwohl seit dem Tode Carlyle's schon so manches Jahr verflossen ist, kommt diese Veröffentlichung doch zur rechten Zeit. Das ist nicht nur der Fall, weil Carlyle's Weltanschauung, seine Gedanken über Gott, Christentum, Volkswirtschaft u. s. w. überhaupt so leicht nicht veralten und sich gerade in unserer Zeit mehr und mehr verbreiten, sondern auch, weil wir in Deutschland in den meisten Gegenden gerade jetzt erst auf den Standpunkt der industriellen, landwirtschaftlichen, kolonialen u. s. w. Entwicklung gelangen, der in England zur Zeit Carlyle's herrschte. So kann das Studium der socialpolitischen Schriften Carlyle's uns vor manchem verhängnisvollen Fehler bewahren. Um nur einen verhältnismäßig untergeordneten, aber momentan besonders interessirenden Punkt herauszugreifen, sei auf die von Humanitätsphrasen freien Gedanken über Negererziehung und -Behandlung hingewiesen. Manches Fremdartige in der überaus originellen, kraftvollen Darstellung Carlyle's wird durch die Anmerkungen und die Einleitung des Herausgebers trefflich erklärt. Höchst interessant ist der Nachweis, daß Carlyle's Weltanschauung gerade auf deutschem Denken (bes. Fichte) ruht.

Feldbriefe 1870/71

von

Georg Heinrich Rindfleisch

weil. kgl. preuß. Unterstaatssekretär.

Mit Bild des Verf. u. 5 Karten. 4. (Stereotyp-)Ausfl. In schönem Leinenbd. 4 Mk. 60 Pfg.

Um die große Verbreitung des trefflichen Buches noch zu fördern, hat die Verlags-handlung den Preis, der für das geheftete Exemplar der 1. Auflage 6 Mk. betrug, bei dieser vorzüglich ausgestatteten Auflage auf 3 Mk. 60 Pfg., gebunden 4 Mk. 60 Pfg. festgesetzt.

In den „Preussischen Jahrbüchern“ 1888, S. 635 schreibt H. Delbrück: „Ich stehe nicht an, diese Brief-Sammlung zu den schönsten Erzeugnissen zu rechnen, welche nicht nur die neuere deutsche Literatur, sondern die deutsche Literatur überhaupt hervor-gebracht hat.“

„Raum ein anderes Buch über den letzten Feldzug wird vom rein menschlichen (nicht strategischen) Standpunkt aus diesen Feldbriefen an die Seite zu setzen sein. . . . Sie sind ein monumentum aere perennius des letzten Krieges.“

(Allg. konservative Monatschr. 1891, S. 890.)

„Diese Briefe, die der Verfasser an seine Gemahlin schrieb, sind köstlich zu lesen. Man weiß nicht, was an ihnen mehr fesselt, die Schönheit der Sprache, die Gluth der Vaterlandsliebe. Glückliche Frau, die diese Briefe bekommen hat. Wie stolz muß sie auf einen solchen Mann gewesen sein.“

(Quellwasser, 1892.)

Novation, Delegation
und
Schuldübertragung.

Abhandlungen aus dem römischen Rechte

von

Wilhelm von Blume,

Dr. jur. und Privatdozenten an d. Univ. Göttingen.

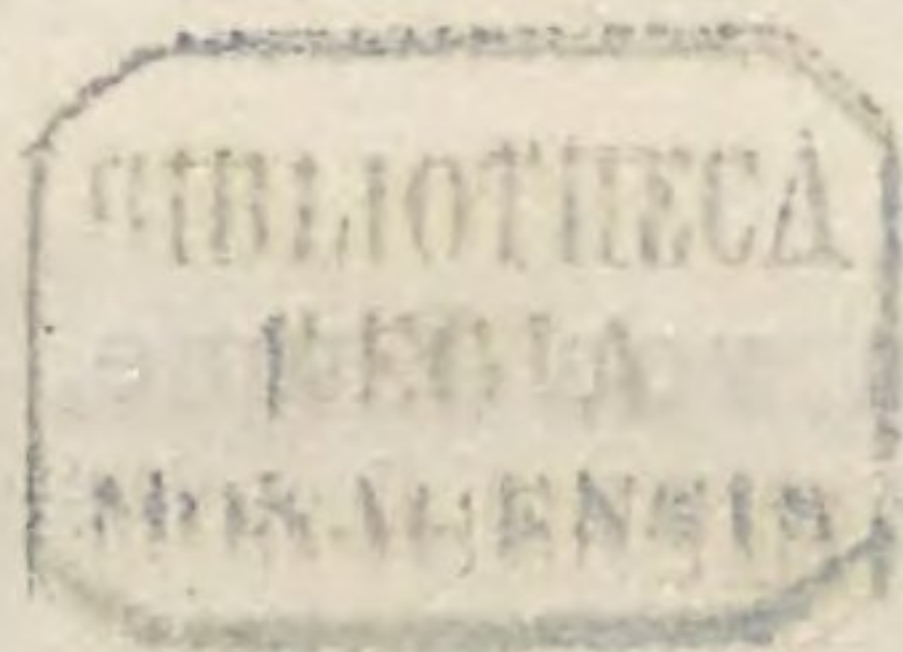


Göttingen
Vandenhoeck und Ruprecht
1895.

Novation Delegation

Schuldübertragung

• Abhandlung über die Novation



Vorwort.

Das Wort Bekker's (Vorrede zu Band II seiner Pandekten), dass Vorreden Entschuldigungen zu sein pflegen, trifft auch auf diese zu.

Ungern lasse ich die Schrift in ihrer jetzigen Form hinausgehen. Rücksichten auf meine Habilitirung machten es nötig, den ersten Teil in Druck zu geben, ehe noch der zweite Teil im Manuscript fertig vorlag. Während der Arbeit, die mich mit Unterbrechungen länger als ein Jahr in Anspruch genommen hat, haben sich meine Anschauungen in vielem geändert und, wie ich denke, erweitert. Manches würde heute anders, manches garnicht geschrieben worden sein; der Plan der Schrift würde ein anderer sein als er sich heute darbietet. Unverändert ist nur die Überzeugung, dass der Weg, auf den ich unsere Doktrin und Praxis hinzuweisen gesucht habe, der richtige sei.

Der erste der beiden selbständigen Teile der Schrift, die kritischen Streifzüge, ist entstanden aus Vorarbeiten für den zweiten Teil; er beansprucht nicht mehr zu sein als eine Vorarbeit, besonders auch hinsichtlich der Anführung der einschlägigen Literatur. Der zweite, umfangreichere Teil will versuchen, einem seit lange geführtem Streite zum Ende zu helfen. Mir kam es vor allem darauf an, für die Schuldübertragung die richtige Grundlage zu finden; Einzelheiten sind nur insoweit behandelt worden, als die ihnen bisher zuteil gewordene Bearbeitung es dringend wünschen liess.

Lebhaft bedaure ich, dass ich auf die trefflichen Ausführungen Seuffert's in Bekker's und Fischer's Beiträgen

IV

Heft 11, § 12 zu spät gestossen bin, um sie noch berücksichtigen zu können. Ich würde in ihnen mit Freuden eine Stütze für meine Grundanschauung und manchen wertvollen neuen Gesichtspunkt gefunden haben.

Auch die Bemerkungen, die Herr Professor Strohal in Leipzig, dem diese Arbeit in wesentlichen Fragen Förderung verdankt, neuerdings zum Entwurf des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches veröffentlicht hat (in Band XXXIII der dogmatischen Jahrbücher S. 381 ff.), möchte ich wenigstens an dieser Stelle noch begrüßen.

Endlich habe ich wegen einer Reihe sinnentstellender Druckfehler, die sich dem spähernden Blicke zu entziehen gewusst haben, um Entschuldigung zu bitten. Ich habe dem Übelstande, so gut es ging, durch ein beigefügtes Druckfehlerverzeichnis abzuhelpen gesucht.

Göttingen, den 1. Oktober 1894.

Wilhelm von Blume.

Inhaltsübersicht.

	Seite
1. Kritische Streifzüge im Gebiete der Novation.	
Einleitung	1— 5
I) Ist die novirende Obligation ex stipulatu ihrem Bestande nach abhängig von dem Bestand der novirten Obligation?	6— 19
II) Ist die Novation mit Schuldnerwechsel zur Delegation verwendbar?	19— 36
2. Die Schuldübertragung.	
Einleitung. Begriff der Schuldübertragung	39— 45
Die freiwillige befreiende Schuldübertragung	46—135
I) Das römische Recht	46— 85
1) Vorbemerkungen	46— 48
2) Die äussere Geschichte	48— 52
3) Die innere Geschichte	52— 85
II) Das heutige Recht	86—135
1) Die unechte Schuldübertragung	86— 88
2) Schuldübertragung und Succession	88— 90
3) Bedeutung der Sondernachfolge in Schulden für das Rechtsleben. Schuldübertragung und Schuldübernahme	90— 94
4) Der Passivsuccessionsvertrag	94—135
1) Die Expromission	95—101
A) Begriff und Geschichte des Vertrages	95— 99
B) Inhalt des Vertrages	99—101
2) Passivsuccessionsvertrag zwischen Urschuldner und Schuldübernehmer?	101—119
3) Der Zustand der Forderung nach durchgeführter Passivsuccession	119—135
a) Der Umfang der Haftung	120—121
b) Die Einreden aus dem alten Thatbestande	121—128
c) Die Konkursprivilegien	128—128
d) Das Schicksal der Pfandrechte und Bürgschaften	129—135

VI

	Seite
Die notwendige bestärkende Schuldübertragung . . .	136—168
I) Nochmals Schuldübernahme und Schuldübertragung	136—139
II) Vermögensübertragung und Schuldübergang . .	139—162
A) Dogmengeschichtliches	139—144
B) Der Vermögensbegriff	144—146
C) Die Forderung	146—153
D) Die Forderung und das Schuldnervermögen	153—155
E) Vermögensübertragung und Schuldübergang	155—163
III) Die Hypothekenübernahme und der Eintritt in Miete und Pacht bei Übernahme des Miets- und Pachtobjektes	162—167
IV) Das Resultat	168

Verzeichnis der Druckfehler.

Auf S.	2	Z.	3	v. o.	statt	Legatdefinition	zu lesen	Legaldefinition.
„	„	2	„	1	„ u.	„	„	„
„	„	2	„	20	„ o.	Leonhardt	„	Leonhard.
„	„	3	„	4	„ „	erte	„	erste.
„	„	3	„	23	„ „	vor	„	bei.
„	„	18	„	10	„ u.	promissero	„	promisero.
„	„	22	„	6	„ o.	ex promissio	„	expromissio.
„	„	35	„	18	„ „	inter venerit	„	intervenerit.
„	„	43	„	7	„ „	des	„	das.
„	„	91	„	23	„ „	Schuldner	„	Schulden.
„	„	92	„	2	„ u.	nich	„	nicht.
„	„	108	„	12	„ „	ein	„	im.
„	„	114	Anm. 6	„	„ „	Zann	„	Zaun.

Kritische Streifzüge
im Gebiete der Novation.

Kritische Streifzüge

im Gebiete der Novation.

Einleitung.

Wer, um sich über eine Frage aus dem Gebiete der Novation Rath zu erhalten, die — fast möchte ich sagen: überreiche — Litteratur dieser Lehre durchgeht, der wird zu seiner nicht eben freudigen Überraschung finden, dass die unendliche Mühe, welche Forscher ersten Ranges an die Analyse des Stoffes gewandt haben, vergeblich gewesen ist, soweit es sich darum handelte eine allen Ansprüchen genügende Definition der Novation zu geben.

Der Zweck der Verdichtung eines Rechtsinstitutes zum „Begriffe“ kann ja nur der sein, eine Hülfsgrösse zu gewinnen, mit der es möglich ist ein Exempel zur Berechnung der in jener Lehre noch unbekannten Grössen aufzustellen. Wenn irgendwo, so ist ein Bedürfnis dieser Art in der Novationslehre zweifellos vorhanden; denn in derselben ist ungefähr alles bestritten. Aber so mannigfaltig man auch den Schlüssel des „Begriffes“ geformt hat, er hat immer noch nicht zu all den verschlossenen Türen passen wollen.

Meine Absicht ist nicht, diesem Mangel abzuhelpen — im Gegenteil: ich bin der Überzeugung, dass dahinzielende Versuche, wie bisher so auch ferner, hier Erfolg nicht haben können. Die Novation, so wie sie, von Justinian zurechtgestutzt und -geflickt, in den Quellen uns nun einmal vorliegt, unter einen grossen Gesichtspunkt bringen, sagen zu wollen: „die Novation ist dies oder ist jenes“ — das scheint mir ein aussichtsloses Beginnen.

Die Novation des corpus juris setzt sich nämlich aus 2 heterogenen Elementen zusammen. Dies vorauszuschicken ist notwendig, weil der Zwiespalt, wie in allen Fragen der Lehre auch in den beiden von mir zu behandelnden hervortritt.

Unvereinbar stehen sich gegenüber die Novation mit Verbleiben des bisherigen Gläubigers und die Novation mit Gläubigerwechsel. „Novatio“, sagt die Legatdefinition der L. 1 de nov. et. del., „est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio“, d. h. die Novation bringt zwar eine neue Obligation an Stelle der alten hervor, das „debitum“ der beiden aber ist dasselbe. Was unter dieser Einheit des debitum zu verstehen sei, ist leichter zu sagen, wenn man ihre Folgen in Betracht zieht. Wird nämlich die neue Obligation nicht „novandi animo“ constituirt, so tritt sie solidarisch neben die alte — zweifellos eine Wirkung eben der Identität des debitum. Das Wesen der Solidarität besteht nun darin, dass „altero debitore solvente alter liberabitur“ weil der Gläubiger für beide Obligationen nur eine Vermögensaufwendung gemacht hatte. Diese Vermögensaufwendung (der die liberale Absicht des Schuldners gleichsteht) bildet das „debitum“ die „materielle causa“ den „Rechtsstoff“, „Vermögensstoff“ oder wie man es sonst nennen mag seiner Obligation, und eine Identität des debitum bei einer Mehrheit von Obligationen ist nach alledem, wie Leonhardt ¹⁾ zutreffend ausgeführt hat, dann vorhanden, „wenn durch die mehreren Forderungen nur eine einmalige Vermögensverschiebung (d. h. eine Bereicherung des Gläubigers auf Kosten des leistenden Schuldners sei es nun mit oder ohne Gegenleistung) bewirkt werden soll, wenn sie also ein und dasselbe Wertstück darstellen“.

Novirt ein Gläubiger seine Obligation mit dem alten oder auch einem neuen Schuldner, so giebt ihm die zweite Obligation das Äquivalent für die erste, mithin auch für die Vermögensaufwendung, die er zwecks Begründung der ersten gemacht hat. Bei der Novation mit Gläubigerwechsel würde man nach einer derartigen Gemeinsamkeit der materiellen Unterlage beider Obligationen vergebens suchen. An ihren Früchten sollt ihr sie erkennen! Die Identität des debitum bewirkt, wie oben gezeigt, die Solidarität der alten und der neuen Obligation, wenn die Novationsabsicht nicht vorlag (nach Justinian: nicht zum Ausdruck kam) — soll demnach die Legatdefinition der L. 1 cit. auch auf die Aktivnovation passen,

¹⁾ Zeitschr. f. Handelsr. XXVI S. 310.

so muss die Obligation des neuen Gläubigers, wenn sie die des alten nicht novirt, mit ihr solidarisch werden. Das ist aber zweifellos nicht der Fall. Die zweite Obligation tritt selbständig neben die erste: der Schuldner muss daher zweimal zahlen. Und mit gutem Grunde; denn dem neuen Gläubiger gegenüber findet der Schuldner seinen Entgelt in einer Vermögensaufwendung desselben, die nicht identisch ist mit der Gegenleistung, die er bei Begründung der ersten Obligation von dem ersten Gläubiger erhielt. Man lasse sich nicht durch die Beobachtung täuschen, dass ja bei der Aktivnovation der Promittent sich von dem alten Gläubiger dem neuen delegieren lässt um als Gegenleistung die Befreiung von der alten Schuld zu empfangen. Diese Absicht des delegierten Schuldners bleibt dem neuen Gläubiger gegenüber Motiv, also gleichgültig. Für den Delegatar ist die Promission des Deleganten eine Leistung des Deleganten, für welche er diesem eine Gegenleistung zu machen hat, sofern er nicht beschenkt werden sollte.

Wenn hiernach bei der Novation mit Gläubigerwechsel eine Verwandtschaft zwischen der alten und der neuen Obligation nicht vorhanden ist, so ist das Wort „novare“ eigentlich schlecht am Platze. Auch hat offenbar der „animus novandi“ bei ihr eine ganz andere Bedeutung wie sonst vor der Novation; denn während er in der Regel eine der Stipulation beigefügte Meinung der Stipulationsparteien ist, wonach die neue Obligation nicht neben, sondern an der Stelle der alten Obligation entstehen soll, bedeutet er bei der Aktivnovation die Verabredung zwischen Deleganten und Delegaten, dass durch die Stipulation zwischen Delegatar und Delegaten die Schuld des letzteren gegen den Deleganten getilgt sein solle, oder mit anderen Worten: hier ist die Novation Deckung, während sie sonst Valuta ist ¹⁾. Dem entsprechend setzt sich die Novation, die in der Regel ein einheitlicher Akt, „Aufhebung durch Neubegründung“ ²⁾ ist, im Falle des Gläubiger-

¹⁾ Schlesinger, Formalkontrakte S. 125 hat zwar diesen Gegensatz richtig erkannt, aber nicht weit genug verfolgt, um beobachten zu können, dass er sich wie ein roter Faden durch die ganze Novationslehre hindurchzieht.

²⁾ Windscheid „Pandekten“ (7. Aufl.) II § 353 Anm. 1.

wechsels aus 2 Rechtsgeschäften zusammen: 1) der Aufhebung, durch Vertrag zwischen dem Schuldner und dem alten Gläubiger, und 2) der Neubegründung durch Vertrag zwischen dem Schuldner und dem neuen Gläubiger.

Das Gesamtergebnis unserer Beobachtung ist ein völliges Hinausfallen der Aktivnovation aus dem Bilde, welches wir uns auf Grund der Legaldefinition und der damit durchaus übereinstimmenden Novation mit Verbleiben des Gläubigers von dem Novationsbegriff der Römer zu machen haben. Wir dürften uns demnach nicht besinnen, die Novation mit Gläubigerwechsel als ein untergeschobenes Kind hinauszuverweisen und sie ein für alle mal dahin zu bringen, wo sie allein hinzugehören scheint, nämlich zur Delegation¹⁾ — wenn wir nicht in den Quellen mehrere unzweifelhafte Beispiele dafür hätten, dass die infolge einer Delegation eingetretene Entlassung des Delegaten aus seiner Schuld gegen den Deleganten in der That als Novation gegolten habe. (Ll. 27, 31 de nov. et. del.) Dass hier eine durch eine sehr äusserliche Analogie veranlasste Ausdehnung des ursprünglichen Novationsbegriffes vorliegt, kann nach dem Gesagten kaum noch zweifelhaft sein²⁾; denn Delegationspromission zum Zwecke des Gläubigerwechsels und Novationspromission i. e. S. gleichen sich nur darin, dass beide eine Obligation entstehen und eine andere untergehen lassen³⁾;

¹⁾ Eine Trennung von Novation und Delegation hat zwar schon Salpius nachdrücklich angestrebt, aber doch nur was die sog. „reine“ Delegation betrifft, während er die „titulirte“ Delegation als Novation zum Zwecke des Gläubiger- oder Schuldnerwechsels ansieht — eine Meinung, mit der wir uns später noch ausführlicher werden beschäftigen müssen.

²⁾ Ist die von Salpius zuerst aufgestellte und neuerdings von Karlowa (Röm. Rechtsgeschichte II, 2 S. 740) unter Beschränkung auf die vorklassische Zeit mit guten Gründen verteidigte Behauptung richtig, dass ursprünglich der „auf den Inhalt einer besondern Obligation gerichteten Stipulation schon als solcher die novirende Kraft zukam“, so ist schlechterdings unmöglich, dass eine Stipulation zum Zwecke des Gläubigerwechsels von jeher als Novation aufgefasst worden sei, denn „non mihi aufert actionem si quis stipuletur quod mihi debetur, nisi ex voluntate mea stipuletur (L 8 § 5 h. t., eine Stelle, welche den hier behandelten Gegensatz sehr plastisch zeigt, übrigens der Delegation den Novationsnamen vorenthält).

³⁾ Der Umstand, dass die Litiskontestation, die Obligation sowohl

dass aber die Beziehung zwischen dem Untergang der einen und der Entstehung der andern hier eine ganz andere ist wie dort, hat man ausser Acht gelassen.

Die Verwirrung, welche dieser viel zu wenig beachtete Gegensatz in der Doktrin hervorgerufen hat, ist nicht gering. Insbesondere hätte ohne ihn jene heut allgemein verworfene Lehre wohl kaum entstehen können, welche die Novation unter die Zahlungssurrogate subsumirt — eine Behandlung, die man mit ebensoviel oder -sowenig Recht der Tradition angedeihen lassen könnte, die aber hinsichtlich der Aktivnovation (Delegation) ganz angemessen erscheint.

aktiv wie passiv zu noviren imstande war, hat sicher mit die Neigung hervorgerufen der freiwilligen Passivnovation eine ebensolche Aktivnovation gegenüberzustellen. Doch kann dies hier nur angedeutet werden.

I. Ist die novirende Obligation ex stipulatu ihrem Bestande nach abhängig von dem Bestand der novirten Obligation?

Die herrschende Lehre antwortet auf diese Frage: ja!, wenn der Schuldner ein „titulirtes“ — nein!, wenn er ein „reines“ Novationsversprechen abgab.

Die Wege aber, welche die verschiedenen Schriftsteller einschlagen um zu diesem Ergebnisse zu gelangen, müssen schon um deswillen stark auseinander gehen, weil bekanntlich eine namhafte Anzahl von Autoren (Girtanner, v. Salpius, Salkowski, Brinz, Karlowa) das abstrakte Versprechen schlechtweg aus der Lehre von der Novation verbannen. Immerhin lassen sich 2 Hauptrichtungen unterscheiden. Die einen verlegen die Wirkung der Nichtexistenz der früheren Obligation in das Verfahren in jure; für sie tritt erst bei der Wertung des Streitgegenstandes zwecks Condemnation durch den Richter zu Tage, dass ein Wertinhalt der in judicium deduzirten Obligation überhaupt nicht vorhanden ist, wenn der Promittent durch die schlechthin relative Formel „quidquid . . . debeo“ auf eine entkräftete Obligation Bezug nahm. Die anderen lassen diese Entkräftung schon in jure und zwar in dem Sinne wirken, dass die Qualifikation, welche die in jeder Novation enthaltene Bezugnahme auf die novirte Obligation dem Gegenstande der neuen Obligation verleiht, die neue Schuld bedingt sein lässt durch die Existenz der alten.

Die Ansicht, die ich selbst im Folgenden vortragen werde, ist in ihren Grundzügen bereits von Girtanner verteidigt, aber von den späteren Bearbeitern der Lehre sehr kurz abgefertigt ¹⁾,

¹⁾ Von Lehrbüchern stehen auf einem Girtanner nahen Stand-

wenn nicht ganz übergangen worden. Es liegt das einmal an der — wenigstens was die Wirkung von Einreden der alten Obligation auf die neue betrifft — ungenügenden Begründung Girtanner's, dann aber nicht zum wenigsten an der auch in dieser Frage auf's nachteiligste wirkenden Verkenntung des Wesens der Aktivnovation.

Girtanner geht davon aus, dass bei der römischen Novationsstipulation „der Gegenstand oder Inhalt einer bestehenden Schuld als solcher — in dieser Eigenschaft — zum Objekte der neuen Stipulation erhoben wurde“. Dem schliesse auch ich mich an, wie es bereits von seiten der oben genannten Schriftsteller ¹⁾ geschehen ist; nur vindizire ich der Aktivnovation ihre Ausnahmestellung.

Wenn, von dieser abgesehen, die Novation in den einleitenden Ausführungen richtig charakterisirt ist als „Umwandlung durch Neuschöpfung“ — „prioris debiti in aliam obligationem transfusit atque translatio“, wenn ferner die Identität des in den beiden Obligationen enthaltenen debitum bewirkte, dass im Falle des Fehlens des animus novandi die Promission eine zur alten Obligation solidarisch hinzutretende neue Obligation erzeugte, so musste m. Es. diese Verwandtschaft der beiden Obligationen in der Stipulationsformel zum Ausdruck kommen. Wie hätte denn sonst das Vorhandensein oder Fehlen des animus novandi so entscheidend wirken können? „Der animus novandi“ sagt treffend Karlowa ²⁾, kann nur die Bedeutung haben zu konstatiren, dass die auf die alte Obligation ausdrücklich bezugnehmende Stipulation nicht blos accessorischer, sondern novatorischer Natur sein soll. Erst muss überhaupt durch eine ausdrückliche Erwähnung der alten Obligation eine Beziehung zwischen der neuen und jener hergestellt sein, bevor gefragt werden kann, ob animus novandi vorliege oder nicht. Dass aber durch einen Verbalakt, der die neue Obligation nur durch verba begründet, die gleichzeitig beabsichtigte Aufhebung der prior obligatio ohne irgend welche

punkte nur Brinz Pandekten (s. besonders II, 1 S. 381, 382), deren Darstellung der römischen Novation und Delegation sich überhaupt durch Klarheit und Konsequenz vor allen anderen auszeichnet.

¹⁾ vgl. S. 6.

²⁾ „Das Rechtsgeschäft“ S. 235.

verbale Hervorhebung bewirkt werden könne, scheint mir unmöglich.“

Was dagegen die Novation mit Gläubigerwechsel betrifft, so ermangelt sie ja, wie wir eingangs dargelegt haben, gerade aller der Eigenschaften, die uns soeben das Beweismaterial geliefert haben. Novirte der Schuldner nicht durch die Stipulation mit dem neuen Gläubiger, sondern durch Vertrag mit dem alten seine Schuld, so lag für ihn an sich gar kein Grund vor, in der Promissionsformel auf die alte Obligation Bezug zu nehmen.

Man möchte mir die L. 27 h. t. entgegenhalten, in der eine Aktivnovation mit dem Stipulationsinhalte „quidquid ex vendito dare facere oportet“ ausdrücklich bezeugt ist. Dass dies Argument nicht durchschlagen kann, lehrt ein Einblick in das Wesen der bezugnehmenden Stipulation.

Auf zweierlei Weise kann der Gläubiger in seiner Stipulationsfrage zum Ausdruck bringen, dass die neue Obligation mit der alten eine materielle causa habe: er kann einmal den Gegenstand der novirenden Obligation als bereits geschuldet bezeichnen durch die Formel: fundum, quem mihi debes — centum, quae mihi Titius debet — dare spondes? (stipulatio generalis nach Cujaz). Er kann aber auch stipuliren „quidquid mihi debes — quod Titius debet“ (stipulatio specialis nach Cujaz) um damit den ganzen Inhalt seiner früheren Obligation in die neue Obligatio ex stipulatu hinüberzunehmen.

Das erste Formular hat zwar Salpius¹⁾ als unrömisch verwerfen wollen, hat aber wenig Anklang damit gefunden²⁾. In der That fordern ausser dem Argument der L. 8 § 4 de nov. et del. die von Salpius Gegnern vorgebrachten inneren Gründe eine Stipulationsformel, die zu gleicher Zeit den Gegenstand der zu schaffenden Obligation bestimmt bezeichnet und auf die frühere Obligation Bezug nimmt. Denn die Stipulirung des incertum „quidquid ex empto dare facere oportet“ war der ihr anhaftenden Unklarheit wegen wenig geeignet für Geschäfte, bei denen es den Parteien darauf ankam, genau zu wissen woran sie eigentlich waren, macht sie doch den Gegenstand

¹⁾ S. 167.

²⁾ vgl. Salkowski S. 96 ff.

der neuen Obligation abhängig von dem zufälligen Zustande der alten Obligation im Augenblicke der Stipulation. Andererseits liegt allerdings in eben dieser Undurchsichtigkeit einer ihrer Hauptvorzüge. Das veranschaulicht die L. 29 § 1 de verb. oblig., welche besagt: Will ich mit dem Diebe meiner Sache seine Schuld ex condictione furtiva noviren, so hängt die Gültigkeit der Novationsstipulation davon ab, ob ich zu ihrem Gegenstand die gestohlene Sache oder jenes incertum „quod ex causa conditionis dare facere oportet“ gemacht habe. Im ersten Falle habe ich inutiliter stipulirt, da ich mir meine eigene Sache nicht versprechen lassen kann; im zweiten Falle entgehe ich dieser Gefahr, da Gegenstand der Stipulation nicht die gestohlene Sache ist, obgleich die Condemnation eventuell gerade so auf die Herausgabe dieser Sache lauten kann, als wäre sie promittirt worden. Ebenso wenig wird die Gültigkeit der letztgenannten Stipulation etwa dadurch beeinflusst, dass die gestohlene Sache vor der Novationsstipulation untergegangen ist: „fur semper in mora“. Dagegen wird allerdings der Dieb frei, wenn nach geschehener Novation ohne seine Schuld die Sache untergeht, denn jetzt schuldet er nicht mehr ex furto, sondern ex stipulatu ¹⁾.

Folgen des besonderen Charakters des zweiten Formulars werden wir noch mehrfach zu verzeichnen haben, wenn auch nicht eben die ihm meist zugeschriebene der Übertragung der Einreden von der alten auf die neue Obligation. Doch wird schon was ich hier über die Eigenart der formula incerta gesagt habe genügen um zu zeigen, dass um dieser Eigenart willen ihre Benutzung auch bei der Delegationspromission Vorteile bieten konnte, ohne dass man doch durch die That- sache der Benutzung gezwungen wäre anzunehmen, dass auch

¹⁾ Ob allerdings gerade diesen unzweifelhaft richtigen Satz der zweite Teil der citirten Stelle zum Ausdruck bringen sollte, die dort erwähnte conditio also nicht c. furtiva, sondern die c. incerti ex stipulatu ist, scheint mir doch recht fraglich. Immerhin gäben auch so die Schlussworte einen brauchbaren Sinn, so dass auf die „frivole Conjekur“ des Dionys Gothofred (Salkowski S. 299) nicht zurück- gegriffen zu werden brauchte. Die beste Erklärung scheint mir die von Salkowski (S. 292) zu sein. Zu näherem Eingehen auf die Frage ist hier nicht der Ort.

bei der Stipulation zum Zwecke der Aktivnovation die Bezugnahme auf die frühere Obligation eine innere Notwendigkeit gewesen sei. Nur zog hier der Promittent aus der relativen Fassung der Formel den Nutzen, während der Stipulant über den Wert seines neuen Rechtes im Unklaren blieb, „quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem (d. h.: delegantem) actum est“. (L. 14 de nov. et del.) Die Anwendbarkeit der formula incerta ist daher bei der Aktivnovation normaler Weise beschränkt auf den Fall, wo der Delegant dem Delegatar durch die Delegation eine liberale Zuwendung machen will, während für den Hauptfall der Delegation, die Delegation „auf Schuld“, die abstrakte Promission in der That die Regel bildet ¹⁾.

Es ist durch das bisher Gesagte wohl zur Genüge gerechtfertigt, wenn ich in den folgenden Ausführungen, die den entscheidenden Einfluss des Novations-Formulars in der Frage der Ungültigkeit der neuen wegen Nichtexistenz der alten Obligation zeigen sollen, die Aktivnovation zum separaten Verfahren verweise und bis auf Weiteres unter Novation diejenige mit Verbleiben des Gläubigers in der Obligation verstehe.

Der Umstand, dass durch die Stipulationsformel der Gegenstand der neuen als aus der früheren Obligation geschuldet charakterisirt wird, bewirkt, wie gleichfalls Girtanner (S. 235) treffend gezeigt hat, dass eine neue Obligation nicht zustande kommt, wenn (bei Benutzung der formula certa) der bezeichnete Gegenstand nicht oder (bei Benutzung der formula incerta) überhaupt nichts geschuldet wurde. „Wenn“, sagt Girtanner, „die novirte Schuld juristisch ungültig war, so fehlte es ja an dem Stoffe und Gegenstande für die neue Stipulation. Existirte kein debitum des Titius auf centum, so gab es auch kein centum, quae Titius debet; war der Kauf ungültig gewesen, so existirte kein id, quod ex venditione dare facere oportet.

¹⁾ Es wird aufgefallen sein, dass ich im Vorstehenden Aktivnovation und Delegation stets ohne weiteres identifizirt habe. Ich werde dies Verfahren in der zweiten Abhandlung zu rechtfertigen suchen und kann hier nur auf diese verweisen.

Die novirende Stipulation musste darum auch in solchem Falle ebenso ungültig sein, wie jede Stipulation eines nicht existirenden z. B. untergegangenen Gegenstandes ¹⁾. Die Phase des römischen Formularprozesses, in welcher dieser Mangel sich geltend machen musste, ist zwar eine andere bei *condictio certi* als bei *incerti condictio*: bei ersterer ist es das Verfahren *in jure*, bei letzterer dasjenige *in judicio*, allemal aber erweist sich die Stipulation als *inutilis*, weil der versprochene Gegenstand nicht *in rerum natura* ist, „quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus“ (Paulus in L. 91 § 6 de V. O.). Daher denn auch, wenn eine bedingte Obligation novirt wurde, das Novationsversprechen bedingt sein musste, wie das Versprechen einer künftigen ungewissen Sache ²⁾.

Wenn Römer ³⁾ gegen diese Auffassung einwendet, es sei ja doch nicht die frühere Obligation Gegenstand der neuen geworden, es liege vielmehr nur eine Gleichheit der den Gegenstand der Obligation bildenden „Handlung“ vor, so befindet er selbst sich in einem „Grundirrtum“. Denn zunächst leidet seine Argumentation unter der bekannten unglückseligen Verwechslung von „Inhalt“ und „Gegenstand“ der Obligation; sodann aber ist doch die „Handlung“, der „Rechtsstoff“, als Inhalt der Obligation gedacht, nichts ausserhalb derselben in der Luft schwebendes, sondern erst durch dieselbe in's Leben gerufen und individualisirt — andernfalls wäre es unmöglich, sich Tradition derselben Sache mehrmals promittiren zu lassen, ohne dass wegen Gleichheit des Inhaltes die spätere Obligation novirend oder solidarisch würde.

Unmöglichkeit der Leistung ist — um dies noch einmal hervorzuheben — der Grund, weshalb die novirende Obligation nicht zu stande kommt, wenn die zu novirende nicht existirte. Die Behauptung steht und fällt aber mit der anderen, dass die Novationsstipulation Bezug genommen habe auf die frühere Obligation.

Hat das hier Gesagte auch dann Geltung, wenn die frühere

¹⁾ Ebenso Salkowski S. 283 ff.

²⁾ vgl. Girtanner S. 237.

³⁾ Bedingte Novation S. 26.

Obligation nicht ipso jure fehlt, sondern nur ope exceptionis entkräftet ist? Girtanner (S. 238) antwortet: Nein! und ich glaube auch hierin ihm beistimmen zu müssen, obwohl selbst Salkowski, der im übrigen, wie ich, Girtanner's Spuren folgt, an dieser Stelle ihn verlässt.

Es erscheint mir zur Klarstellung der Sache nicht überflüssig, hervorzuheben, dass die beiden Schriftsteller, die sich am eingehendsten mit unserer Frage beschäftigt haben, v. Salpius und Salkowski, so sehr sie sonst divergiren, doch darüber einig sind, dass von einem Übergang der Einreden im Sinne des römischen Formularprozesses, d. h. von einer Gewährung der Exceptionen, die der alten Obligation entgegenstanden, bei einer Klage aus der neuen überhaupt nicht die Rede sein kann. Nur ein materielles Fortwirken, nicht ein formeller Übergang der exceptio, wie er im Falle einer Succession stattfindet, ist also bei diesen Schriftstellern Gegenstand des Beweises, immer läuft die Argumentation darauf hinaus, dass die Promission einer Nichtschuld gegenstandslos und daher inutilis sei.

Im Einzelnen zeigt sich aber hier ein schon oben angedeutetes Auseinandergehen der Meinungen, indem Salkowski die ipso jure-Ungültigkeit der praecedens obligatio der Anfechtbarkeit ope exceptionis schlechthin gleichstellt, während Salpius — und ihm sind die neueren durchgängig gefolgt — das Fortwirken der Einreden nur durch die Benutzung der formula incerta bei der Stipulation bewirkt werden lässt.

Salkowski scheint mir nicht schwer zu widerlegen. Das Prinzip der L. 91 § 6 de V. O.¹⁾ auf Grund der L. 112 V. de R. J.:

„Nam quid interest, utrum ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur“

ohne weiteres auf die durch Einrede entkräfteten Obligationen zu übertragen, wie das z. B. Fein²⁾ thut, muss von vornherein dem sehr bedenklich erscheinen, der Savigny's³⁾ Warnung vor dergleichen allgemein gehaltenen Quellenaussprüchen be-

¹⁾ oben S. 11.

²⁾ Beiträge zur Lehre von der Novation und Delegation S. 325.

³⁾ System V S. 377.

herzigt. Jene Vorsicht ist im vorliegenden Falle nur zu gerechtfertigt.

Die Einreden der früheren Schuld sollen die novirende Obligation deshalb nicht zur Entstehung gelangen lassen, weil erstere und damit der durch Bezugnahme auf sie individualisirte Gegenstand der Neupromission nicht in *rerum natura* ist, d. h. der Schuldner negirt das Klagfundament, seine Einreden wirken *ipso jure*, „sie gehören mit zu den Rechtsgründen, aus welchen sich die Nichtexistenz des *prius debitum*, als einer Bedingung der Gültigkeit der *stipulatio* ergab“¹⁾.

Wie stimmt denn aber dazu, dass unbestritten²⁾ der Schuldner, wenn er in Kenntnis seiner Einreden promittirt, eine Obligation erzeugt „*quoniam remittere exceptionem videtur*“? (L. 12 de nov. et. del.) Kann ich denn durch ein Anerkenntnis eine nichtexistente Sache in's Leben rufen? Ferner: wenn die Einreden deshalb die Entstehung der neuen Schuld hindern, weil die entkräftete Schuld als Nichtschuld gilt, so muss nach L. 1 § 1 h. t. in all den Fällen dennoch eine Obligation entstehen, wo die Einrede eine Naturalobligation zurückliess, insbesondere also wenn die Anwendung des SC. Macedonianum in Frage steht. L. ult. de SC. Maced. 14, 6 sagt aber:

„Si is, cui dum in potestate patris esset mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus per ignorantiam facti novatione facta eam pecuniam expromisit, si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit.“

Also das gerade Gegenteil! Salkowski hat das allerdings nicht übersehen, die Erklärung aber die er auf S. 393 ff. zu jener Stelle giebt, scheint mir doch recht willkürlich. Entscheidend gegen ihn ist endlich, dass nicht einmal bei Benutzung der *formula incerta* die Stipulation dadurch gegenstandslos wird, dass der früheren Obligation Einreden entgegenstanden. Dass aber nicht die schwächere Bezugnahme die stärkere Wirkung gehabt haben kann ist klar. Der Vordersatz allerdings ist noch zu beweisen. Salkowski (S. 384) behauptet das Gegenteil davon: dass nämlich die Novationsstipulation keine Wirkung

¹⁾ Salkowski S. 394.

²⁾ Salkowski S. 399, Karlowa S. 232.

haben könne, wenn das durch *formula incerta* in dieselbe deduzierte *debitum* nicht existire, liege so sehr auf platter Hand, dass jeder Zweifel schwinden müsse. Etwa dennoch aufsteigende Zweifel sucht Salpius (S. 278) durch folgende Beweisführung zu entkräften: Wenn eine mit *formula incerta* bewirkte Novationsstipulation in *judicium* deduziert war, so hatte der Richter den Umfang der Schuld des Beklagten nach demjenigen der novirten Obligation zu bemessen, diese war aber, wenn durch Einrede entkräftet, um ebensoviel *ipso jure* vermindert. Die neue Obligation war also „materiell“ denselben Anfechtungsmitteln ausgesetzt wie die ältere. — Ich bin nicht in dem Masse wie Salpius von der Richtigkeit dieser Argumentation überzeugt. Wenn die alte Schuld durch die Einrede materiell null oder vermindert war, wozu in aller Welt bedurfte es dann noch des formellen Anfechtungsmittels der *exceptio*? Wie kommt der Richter, für den doch das Recht des Klägers nur existierte, wenn ihm der Prätor die Form der *actio* verliehen hatte; wie, frage ich, kommt dieser selbe Richter dazu, ein angebliches Verteidigungsrecht des Beklagten zu berücksichtigen, für welches der Prätor eine *exceptio* nicht hatte, und das nun gar in einem *stricti juris judicium*?! Denn gegen die Unterschiebung hat, wie schon betont, Salpius sich ausdrücklich verwahrt, als habe er behaupten wollen, die Einreden der alten Obligation hätten als *exceptiones* im Sinne des Formularprozesses gegen die neue Obligation gebraucht werden können.

Wenn Salpius sich aber durch die Wendung hilft, es sei durch die Existenz der *exceptio* das Recht seinem Inhalt nach *ipso jure* verändert, so zeigt sich auf den ersten Blick die innere Unmöglichkeit des Gedankens. Ein *ope exceptionis* anfechtbares Recht ist eben nicht *ipso jure* unwirksam.

Dass die novirende Obligation angefochten werden könne auf Grund der Thatsache, dass der novirten Obligation Einreden entgegenstanden, ist in den Quellen bezeugt. Aber es ist vergebliches Bemühen, diese Erscheinung als notwendige Folge der Benutzung einer auf die frühere Obligation bezugnehmenden Stipulationsformel nachweisen zu wollen ¹⁾. Das Versprechen

¹⁾ Vgl. Brinz a. a. O. (I, 1 S. 381): „Ausnahmsweise kommt

einer Leistung, deren Beitreibung aus der früheren Obligation man *ope exceptionis* hindern konnte, ist nicht *inutilis*; denn immer war doch ein *debitum ipso jure* und damit ein Inhalt für die neue Obligation vorhanden ¹⁾. Aber die neue Obligation ist durch *exceptio* oder *condictio* anfechtbar nach Massgabe eines anderen Prinzipes.

Wenn bei Neustipulation einer Schuld der *animus novandi* nicht zum Ausdruck gelangt, so soll die neue Obligation, wie schon erwähnt, der alten passiv-solidarisch an die Seite treten, die Stipulation also einen der Verbürgung ähnlichen Erfolg haben. Die Grundsätze, nach denen bei letzterer die Römer die Einreden der alten Schuld auf die neue wirken liessen, werden wir daher auch auf dem Gebiete der Novation als massgebend vermuten dürfen. Nun finden wir aber den Übergang der Einreden auf die Schuld des Bürgen nicht etwa durch den Schluss gerechtfertigt: „Nach L. 11 de fidej. et mand., L. 6 de V. O. u. s. w. ist die Verbürgung für eine nichtexistierende Schuld ungültig, eine durch *exceptio* entkräftete Schuld steht dieser nach L. 112 de R. J. gleich — folglich steht auch dem Bürgen die *exceptio* aus der früheren Schuld zu“, sondern vorgebracht wird die praktische Erwägung: Der Hauptschuldner würde, wenn dem Bürgen die Einrede verweigert würde, dessen Regresse ausgesetzt sein und also trotz Einrede indirekt die Schuld leisten müssen. So in § 4 J. IV, 14:

„*Exceptiones, quibus debitor defenditur, plerumque (!) accommodari solent etiam fidejussoribus eius: et recte, quia, quod ab his petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati iudicio redditurus est eis quod hi pro eo solverint.*“

Delegat gegen seine Promission auf; vor allem, sagt man, dann wenn die Stipulation demonstrativ den Inhalt der vorausgehenden Obligation in sich aufnimmt (titulirte D.); hier stünden die *Exceptiones* aus dieser O. nun auch dem Delegaten oder nun auch gegen den Delegatar zu, je nachdem stipulirt worden „was Delegant dem Delegatar“ oder „was Delegat dem Deleganten schuldet; wo dieser man kann sagen formale Grund nicht vorliege, müssten besondere sachliche Gründe platzgreifen, wenn Delegat sich gegen den Delegatar soll schützen können. Indessen dürften wie für die Regel, so auch für die Ausnahmen lediglich sachliche Erwägungen entscheidend gewesen sein.“

¹⁾ vgl. Girtanner S. 229.

Derselbe Gedanke findet sich in L. 47 de cond. ind. 12, 6, L. 46 de fidej. et mand. 46, 1; L. 9 § 3 de SC. Maced. 14, 6; L. 32 de pactis 2, 14 und hat nach letztgenannter Stelle und § 4 J. cit. sogar dahin geführt die *personae cohaerens exceptio pacti de n. p.* dem Bürgen zu geben, andererseits aber, wie jene beiden Citate und L. 9 § 3 de SC. Maced. lehren, die mit der von mir bekämpften Anschauung schlechterdings nicht vereinbare Wirkung im Gefolge, dass der Bürge die Einrede verliert, wenn er sich seines Anspruches gegen den Hauptschuldner begeben hat.

Die hiernach gerechtfertigte Erwartung, dass Billigkeitsgründe ähnlicher Art auch in der Novationslehre bei der Gewährung von Einreden gegen die neue Obligation massgebend gewesen seien, wird durch die Quellen nicht enttäuscht. Nicht *ipso jure* ungültig, weil gegenstandslos, ist — wie man es doch nach der oben bekämpften herrschenden Lehre erwarten sollte — die Obligation, welche an die Stelle einer mit Einrede behafteten Obligation trat, sondern es bedarf zu ihrer Entkräftung der Einschiegung einer *exceptio in factum* oder *doli generalis* in die Formel. Argument: L. 3 de resc. vend. 18, 5; L. 14 de except. 44, 1; L. 25 de act. emti 19, 1; L. 20 de SC. Maced. 14, 6 ¹⁾.

Den Grund der Anfechtbarkeit einer an sich gültig vollzogenen Stipulation giebt Julian in L. 3 de cond. sine causa 12, 7:

„Qui sine causa obligantur, incerti conditione consequi possunt ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat an maiorem quam suscipere eum oportuerit, nisi quod alias conditione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias ut exoneretur: veluti qui decem promisit, nam si quidem nullam causam promittendi habuit, incerti conditione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat, at si, cum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti consequetur, ut quinque liberetur“.

Dass die hier von Julian ausgesprochenen Grundsätze auch auf Obligationen aus einer Stipulation, und zwar Novationssti-

¹⁾ Von den die Delegationsnovation betreffenden zahlreichen Stellen sehe ich einstweilen noch ab.

pulation, Anwendung gefunden haben, beweisen Stellen wie L. 66 § 4 soluto matr. 24, 3:

„Mulier, quae centum dotis apud virum habebat, divortio facto, ducenta a viro errante stipulata erat. Labeo putat, quanta dos fuisset, tantum deberi.“

Es hängt diese Erscheinung zweifellos mit dem Eindringen des causalen Momentes auch in die bis dahin lediglich auf formaler Grundlage ruhende obligatio ex stipulatu zusammen, wobei das Aufkommen der schriftlichen Stipulationen wesentlich unterstützend gewirkt hat. Die Entwicklung hier in ihren einzelnen Phasen zu verfolgen, würde zu weit führen; mir kommt es an dieser Stelle nur darauf an zu zeigen, dass wir in der Lehre von der *condictio indebiti promissi* und der daraus resultirenden *exceptio doli* ein zur Erklärung der Anfechtbarkeit novirender Obligationen wegen Anfechtbarkeit der novirten völlig ausreichendes Prinzip besitzen. Dieser Beweis ist nicht schwer. Wer ein Novationsversprechen abgibt, erhält sein Äquivalent für die damit dem Gläubiger gemachte Zuwendung von diesem in der Befreiung von der alten Schuld. War nun diese Schuld durch eine Einrede entkräftet, von welcher der Promittent nichts wusste, so hat er dem Gläubiger eine Zuwendung gemacht, die nur in seiner Einbildung ausgeglichen, mit einer *causa* versehen war: er hat *sine causa* promittirt.

Nur muss, wie schon hervorgehoben, das Versprechen in Unkenntnis der Einrede, „*per errorem*“, „*per ignorantiam*“ abgegeben sein, da andernfalls billig angenommen werden darf, dass auf die Benutzung der Einrede habe Verzicht geleistet werden sollen ¹⁾. Die Einschränkung kann aber offenbar nur dann Anwendung finden, wenn der Schuldner eine bestimmte Leistung als aus der früheren Obligation geschuldet bezeichnete; bediente dagegen der Promittent sich der *formula incerta*, sollte der Umfang seines Versprechens erst aus der früheren Obligation bestimmt werden, so kann hierin ein Verzicht auf die Einreden aus der novirten Obligation schlechterdings nicht gefolgert werden. Es kommen also wenigstens insoweit diejenigen Schriftsteller zu ihrem Rechte, welche ein Fortwirken

¹⁾ Über die Beweislast vgl. Salpius S. 284 ff.

der Einreden aus der früheren Obligation nur bei Benutzung der *formula incerta* zugeben, andernfalls aber negiren.

Es erübrigt die Prüfung, inwieweit die hier entwickelten Grundsätze auf die Aktivnovation Anwendung zu finden haben.

Die absonderliche Stellung dieser Novationsart haben wir bereits geschildert, insbesondere auch, dass und warum bei ihr für eine Bezugnahme auf die novirte Obligation in der Regel kein Raum ist. Demgemäss kommen bei ihr die Wirkungen, die wir oben der Bezugnahme in der Promissionsformel im Falle Nichtbestehens der zu novirenden Obligation zugeschrieben haben, in Fortfall. Abgesehen von den seltenen Fällen, welche die Benutzung der *formula incerta* zum Zwecke des Gläubigerwechsels gestatten ¹⁾ und natürlich deren Consequenzen unterworfen sind ²⁾, sind daher in der Lehre von der Aktivnovation *ipso jure*-Ungültigkeit und Anfechtbarkeit der *praecedens obligatio* unter demselben Gesichtspunkt zu behandeln, wenn es sich um Feststellung ihrer Wirkung auf den Bestand der neuen Obligation handelt. Das bestätigt uns Julian in L. 2 §§ 3, 4 D. de don. 39, 5:

„Aliud juris erit, si pecuniam, quam te mihi debere existimabam, jussu tuo sponderim ei cui donare volebas. Exceptione enim doli mali tueri me potero et praeterea incerti conditione stipulatorem compellam, ut mihi acceptam faciat stipulationem.

Item si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promissero, petentem doli mali exceptione summovebo et amplius incerti agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem.,

Julian macht also keinerlei Unterschied zwischen Nichtexistenz und Anfechtbarkeit der Obligation. Seine Ausführungen giebt Ulpian in L. 7 pr, § 1 de doli mali 44, 4 mit dem Zusatz wieder: „Et habet haec sententia Juliani humanitatem ut etiam adversus hunc utar exceptione et conditione, cui sum obligatus“.

¹⁾ oben S. 9.

²⁾ vgl. S. 107.

Worin liegt die „humanitas“, Billigkeit, seiner Entscheidung? Wer dem Delegatar promittirt in der irrigen Meinung, dem Deleganten verpflichtet zu sein, kann nicht sagen, dass er sine causa promittirt habe; denn dem neuen Gläubiger stellt seine Promission eine Leistung des bisherigen delegirenden Gläubigers dar, hat also, wie schon des öfteren betont wurde, ihre causa in dem Rechtsverhältnis zwischen Deleganten und Delegatar (Valutaverhältnis), nicht in demjenigen zwischen Deleganten und Delegaten (Deckungsverhältnis). Eine Anfechtung der neuen Obligation nach den Grundsätzen der *condictio sine causa* (ob causam — indebiti) kann daher zunächst nur von dem Deleganten, als dem Leistenden, ausgehen, so dass also auch hier die für die Passivnovation gültigen Regeln auf die Aktivnovation nicht passen.

Zu einer Erstreckung der *condictio* und *exceptio* auf den Delegaten haben aber praktische Erwägungen, Rücksichten auf den Regress und die Abkürzung des Rechtsweges in ausgedehntem Masse Veranlassung geboten, wie Regelsberger ¹⁾, auf den ich hier verweise, eingehend dargethan hat.

Wir dürfen diese *condictio* des Delegaten daher der *actio utilis* des Cedenten vergleichen.

Schlechthin ausgeschlossen ist eine Anfechtung der Delegationsstipulation nur dann, wenn der Delegant durch die Delegation seine Schuld gegen den Delegatar tilgen wollte; hier heisst es: *creditor suum recepit, suum negotium gerit, suum petit*. Dass im übrigen Unkenntnis der früheren Schuld entgegenstehenden Einreden im Augenblick der Promission auch hier eine *conditio sine qua non* der Anfechtung ist, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden.

¹⁾ Kritische V. J. Schrift XXVIII S. 383 ff.

II. Ist die Novation mit Schuldnerwechsel zur Delegation verwendbar?

In der vorangehenden Abhandlung habe ich, so oft von Delegationsnovation die Rede war, stets nur die Aktivnovation berücksichtigt, beide geradezu identifiziert. Dies Verfahren bedarf der Rechtfertigung, da es sich zu der allenthalben gangbaren Vorstellungsweise in Widerspruch setzt, nach welcher die Delegation ebensowohl einen novatorischen Schuldner wie einen Gläubigerwechsel herbeiführen könne und das Verhältnis der Delegation zur Passivnovation sich von demjenigen zur Aktivnovation nur eben dadurch unterscheide, dass diese ohne Delegation nicht existieren, jene aber ganz nach Belieben sich mit einer solchen verbinden oder auf die Verbindung verzichten könne, in welch' letzterem Falle sie „Expromission“ geheissen werde.

Ich halte diese Meinung für irrig, weil sie dem Wesen der Delegation und den Quellen entgegen ist, ihre gründliche Widerlegung aber scheint geboten, wenn endlich einmal der Streit darüber ein Ende haben soll, welche Quellenstellen eigentlich auf die Aktiv- und welche auf die Passivnovation zu beziehen sind.

Allenthalben, wo von Delegation ex professo gehandelt wird, figurirt neben der Delegation mit Gläubigerwechsel diejenige mit Schuldnerwechsel. So schon bei Cujaz (paratitla in tit. cod. de nov. et. del.), dessen Worte ich hierher setze:

„ Secundo autem modo novatio fit mutata persona creditoris, ut si, quod tibi debeo, alii, non creditori tuo, promittam. Quod fit, si tu me delegaveris, ut id alii promitterem. Tertio modo fit mutata persona debitoris, ut si

quod tibi debeo stipuleris ab alio non debitore meo ultro suscipiente nomen meum. Quod etiam fit, si ego alium non debitorem meum tibi delegavero, qui promitteret, quod debeo“.

Und Danz ¹⁾ ist im Rechte, wenn er sagt: „Es wird allgemein anerkannt, dass eine Delegation entweder in der Weise stattfinden könne, dass an Stelle des alten Schuldners ein neuer Schuldner eintrete, oder in der Weise, dass an Stelle des alten Gläubigers ein neuer Gläubiger eintrete, d. h. ersteren Falles wird die Verpflichtung geändert, letzteren Falles die Berechtigung, ersteren Falles findet ein Wechsel auf der passiven, letzteren Falles auf der aktiven Seite der Obligation statt“ ²⁾.

Um das Irrtümliche dieser Ansicht nachweisen zu können, bedarf es zuvor einer Feststellung des quellenmässigen Begriffes der Delegation. Da diese Aufgabe, obwohl durch den bekannten Mangel der Römer an Fähigkeit zur Abstraktion und consequenten Verwendung technischer Bezeichnungen hin und wieder erschwert, im Wesentlichen bereits gelöst ist ³⁾, so kann ich mich auf ein für meinen besonderen Zweck zugespitztes Resumé beschränken.

„Delegare aliquem“ heisst, nach der richtigen Definition von Salpius, im juristischen Sinne: jemanden zu einer Rechtshandlung (Zahlung, Promission) an einen Dritten anweisen. Der Begriff der Delegation ist aber damit noch nicht erschöpft. Die Handlung des Angewiesenen ist nämlich insofern qualifiziert, als sie für eine von dem Anweisenden an den Dritten gemachte Leistung gelten soll ⁴⁾. Die Delegation setzt allerdings drei Personen mit einander in Beziehung: den Deleganten mit dem Delegaten, diesen mit dem Delegatar und dem Delegatar mit dem Deleganten, umfasst daher in der weiteren Bedeutung

¹⁾ Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung etc. (1889) S. 25.

²⁾ Danz darf sich beispielsweise berufen auf Witte Kr. V. J. Schr. VIII S. 343, Salpius S. 386, Salkowski S. 121, Arndts „Pandekten“ § 268, Windscheid „Pandekten“ II § 353 Anm. 9, Dernburg „Pandekten“ II § 59.

³⁾ Am besten bei Brinz II, 1 S. 379; vgl. Salpius S. 39 ff.; Salkowski S. 107 ff.; Thöl „Handelsrecht“ (IV. Aufl.) I § 129.

⁴⁾ Salkowski S. 120.

des Wortes drei Rechtsgeschäfte ¹⁾. Während nun aber die Handlung des Deleganten in ihrer Beziehung zum Delegaten zumeist durch *jubere solvere*, *promittere*, *expromittere* — *mandare solvere* gekennzeichnet war ²⁾, während ferner für das Rechtsgeschäft zwischen Delegaten und Delegatar, soweit es nicht nur Zahlung sondern Promission ist, das Wort „*ex promissio*“ technisch gebraucht wird, dient „*delegare*“ ganz vorzugsweise „zur Bezeichnung des Rechtsgeschäftes zwischen Deleganten und Delegatar, gilt also für die Leistung, welche diesem indirekt durch die Obligation des Delegaten gewährt wird“ ³⁾. Dem entspricht auch der in mannigfachen Wendungen ⁴⁾ sich findende Sprachgebrauch, welcher die Delegation der Baarzahlung gleichstellt, ebenso die Definition Ulpian's in L. 11 p. de nov. et del.: „*Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit*“. Brinz ist also berechtigt zu sagen: „Die Delegation“ in der vollen und perfekten Bedeutung des Wortes, geschehe sie nun mittels Zahlung (*numeratione*) oder Promission, ist ein Geschäft des Deleganten mit dem Delegatar“ — Zahlung, Schenkung, Creditirung des letzteren dem ersteren gegenüber“ ⁵⁾. Mit der feineren Ausbildung der Delegation ist übrigens, wie es scheint, die Zahlungsanweisung immer mehr aus dem technischen Begriff ausgeschieden worden und so finden wir denn endlich in Justinians Codifikation die Delegation mit der Novation in einen Topf unter dem Titel „*de novationibus et delegationibus*“ geworfen.

Für quellenwidrig aber halte ich es mit Thöl, Salpius, Witte, Regelsberger, Windscheid, wenn Danz ⁶⁾ den Delegationsbegriff noch weiter beschränken will auf den Fall, dass entweder Deckung oder Valuta in dem Bestehen eines Schuld-

¹⁾ Soweit richtig Thöl a. a. O.

²⁾ Salpius a. a. O. S. 41.

³⁾ Salpius loco cit. Anders, aber ohne Angabe von Gründen Thöl a. a. O.

⁴⁾ vgl. Salpius S. 102.

⁵⁾ An der Verkennung dieser Thatsache leidet die sonst so vortreffliche Darstellung Thöl's.

⁶⁾ Besonders in der „Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung etc.“.

verhältnisses liegen, so dass „delegatio“ technisch wird für „Forderungsübertragung“ und „Schuldübertragung“. Richtig ist nur, dass zumeist in den Quellen ein, häufig zwei Schuldverhältnisse: eines zwischen Deleganten und Delegaten, ein anderes zwischen Deleganten und Delegatar, als bestehend vorausgesetzt werden.

Damit ist zugleich die Ansicht von Danz ¹⁾ zurückgewiesen, dass die Delegationspromission immer eine sog. „titulirte“ gewesen sei, d. h. auf ein bestehendes Schuldverhältnis Bezug genommen habe. Im Gegenteil dürfte heute kaum ein Satz der Delegationslehre so unbestritten und mit Recht so unbestritten sein wie der, dass das Delegationsversprechen zumeist abstrakt, „ein reines Summenversprechen“ gewesen sei, die sog. „reine Delegation“ also die Regel gebildet habe. Ob die sogeartete Delegationspromission, wenn der Delegat Schuldner des Deleganten war, diese Obligation novirt habe, kann uns hier gleichgiltig sein; dass die bejahende Antwort theoretisch zu verteidigen ist, glaube ich jedenfalls in der vorhergehenden Abhandlung nachgewiesen zu haben. Auch habe ich darzulegen versucht, dass ein Gläubigerwechsel im vollen Sinne des Wortes wie bei der Passivnovation ein Schuldnerwechsel, d. h. „prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio“, durch Aktivnovation überhaupt nicht zu erreichen sei, selbst nicht durch relative Promission, und zwar gerade deshalb, weil die Aktivnovation immer nur das Mittel zum Zweck der Delegation bildet, während die Passivnovation Selbstzweck ist. Womit denn auch sicher in Verbindung zu bringen ist, dass die zahllosen Äusserungen der Juristen, welche der Novation eine successionsähnliche Bedeutung zuschreiben ²⁾, sich sämtlich auf die Passivnovation beziehen — was hier noch nachgetragen sein möge.

Sicher ist, dass die Aktivnovation in Rom Delegationszwecken diene; ob von der Passivnovation, wie die herrschende Lehre behauptet, dasselbe zu gelten habe, steht zur Frage.

Vergegenwärtigen wir uns noch einmal die Bedeutung

¹⁾ a. a. O. S. 33.

²⁾ vgl. die Zusammenstellung von Danz a. a. O. S. 6 ff.

der Delegation. Der Delegat promittirt dem Delegatar in der erklärten Absicht, damit eine Rechtswirkung auf die Beziehungen zwischen Delegatar und Deleganten hervorzurufen. Die Promission soll für das Valutaverhältnis als Leistung des Deleganten an den Delegatar gelten. Nach heutiger Auffassung würde der promittirende Schuldner einen Vertrag zu Gunsten eines dritten, des Deleganten, abschliessen. Nach römischen Grundsätzen wurde aber der für das Valutaverhältnis beabsichtigte Erfolg der Promission nicht durch diese selbst, sondern durch den *jussus stipulandi* hervorgerufen. D. h.: damit die Promission des Delegaten dem Delegatar gegenüber als Leistung des Deleganten gelten konnte, musste der Delegant dem Delegatar erklären, dass der Delegat auf seine Anweisung promittire. Die Promission des Delegaten erhielt damit eine *causa*: er promittirte, um den Zweck der Delegation zu verwirklichen, dem Delegatar die vom Deleganten gewollte Vermögensvermehrung zu verschaffen ¹⁾. War der Delegant Schuldner des Delegatars, so wird also die *causa* der Delegationspromission sein: Erfüllung dieser Schuld.

Gesetzt nun der Delegat novirte um der Delegation willen mit dem Delegatar die Schuld des Deleganten, so erhielt damit seine Obligation noch eine andere *causa* als die vorbezeichnete. Denn die Passivnovation findet nicht in der Zahlung ²⁾ der zu novirenden Schuld ihre materielle *causa*, es wird gar nicht irgendwelche Verschiebung im Gläubigervermögen beabsichtigt, sondern nur die materielle *causa* der novirten Schuld auf die novirende erstreckt — es findet *prioris debiti in novam obligationem transfusio atque translatio* statt ³⁾.

Nun frage ich aber mit Unger ⁴⁾: Kann eine Obligation

¹⁾ Über Wirkungen dieser Causalität vgl. oben S. 19 dieser Schrift.

²⁾ Das wird heut kaum noch bestritten; vgl. oben S. 5. Ein bisher nicht beachteter Beweis dafür, dass auch die Römer die Passivnovation niemals unter den Gesichtspunkt der Zahlung gebracht haben, liegt m. E. darin, dass der noch zu Gaius' Zeiten unentschiedene Streit, ob die Zahlung *ipso jure* oder *ope exceptionis* gelte, auf die Novationslehre keinerlei Einfluss geübt hat.

³⁾ vgl. oben S. 2.

⁴⁾ Jhering's Jahrbücher XXVI S. 400.

eine doppelte materielle causa haben? Kann der Delegat zugleich zahlen und nicht zahlen wollen — zahlen, weil er zu Delegationszwecken, nicht zahlen weil er zu Novationszwecken promittirt? Sicher nicht!

Dass eine Passivnovation auf Weisung des bisherigen Schuldners nicht zu den Seltenheiten gehört, kann nicht bezweifelt werden. Die Lösung der Schwierigkeit indessen liegt darin, dass diese Weisung nicht Delegation in dem eingangs von uns entwickelten Sinne ist.

Allen Fällen der Passivnovation ist das eine gemeinschaftlich, dass der Promittent durch die Novation dem Expromittirten eine Leistung (entgeltlich oder unentgeltlich) machen will, dass also ein Hinüberfließen aus des ersteren in des letzteren Vermögen stattfindet, während das Vermögen des Stipulanten unberührt bleibt. Diesem ist es vollkommen gleichgültig, ob der Promittent auf Weisung oder nicht auf Weisung promittirt. Das Charakteristische der Delegation aber liegt doch gerade darin, dass der Delegant durch sie dem Delegatar eine Leistung macht. Wie reimt sich das zusammen?

Ferner: Unbestrittenermassen tritt bei der Passivnovation der neue Schuldner in die Obligation, der alte aus derselben heraus ohne des letzteren Willen und Wollen. Dann heisst es aber doch, gesetzt auch das Wollen des alten Schuldners sei immer Delegation zu nennen, das Wesen der Sache im Unwesentlichen suchen, wenn man die Novation mit Schuldnerwechsel zerlegt in „Delegation“ und „Expromission“¹⁾. Auf die Römer kann jedenfalls dieser Fehler nicht zurückgeführt werden; eine „Expromission“ als Unterart der Novationspromission existirt bei ihnen nicht, vielmehr bedeutet ihnen „expromittere“ jede Art von Novationspromission²⁾.

Wem diese theoretischen Einwände gegen die herrschende Lehre nicht genügen, für den sei die folgende praktische Erwägung angestellt. Der novirende Schuldner darf, wie wir in der ersten Abhandlung nachgewiesen haben dem Gläubiger

¹⁾ vgl. Windscheid „Pandekten“ II § 353 Anm. 8.

²⁾ Salpius S. 130; Windscheid a. a. O. Den dort aufgeführten Belegstellen ist noch die L. 37 § 4 de operis libert. 38, 1 hinzuzufügen.

gegenüber die Einrede aus der alten Schuld durch *exceptio doli* geltend machen, wenn er in Unkenntnis jener promittirte. Bei Novation mit Schuldnerwechsel wird diese Unkenntnis ohne Weiteres zu präsumiren sein; jedenfalls, wie erwähnt, dann, wenn der Schuldner mit *formula incerta* — bei Passivnovation aus naheliegenden Gründen der gewöhnliche *modus* — promittirte. Delegirt also zahlungshalber A den B an seinen Gläubiger C und kommt B der Delegation durch Expromittirung des A nach, so würde hiernach B der Klage des C die Einreden aus der Schuld des A entgegenhalten können. Dürfte da C nicht mit Recht replizieren: dein Delegant A hat doch durch die Delegation mir zahlen wollen und also auf die Einreden verzichtet!? (L. 12 de nov. et del.) Das Resultat wäre also, dass entweder der Expromittent seine und des Deleganten Unkenntnis von der Existenz der Einreden nachzuweisen hätte, oder der Einreden aus der novirten Obligation gänzlich verlustig ginge. Man weise mir nun eine Quellenstelle vor, welche derartiges behauptet!

Ist der von mir aufgestellte Delegationsbegriff richtig, so kann — das glaube ich als Resultat meiner Erörterung hinstellen zu dürfen — die Passivnovation nicht zu Delegationszwecken verwendet worden sein.

Den Vordersatz also wird zu erschüttern haben, wer meiner Argumentation entgegentritt; gegenüber den Belegen, die ich zu dessen Unterstützung eingangs beigebracht habe, wird man aber auf die Quellen zurückzugreifen haben.

Von jeher sind nun eine Anzahl von Juristenaussprüchen auf die angebliche Delegation mit Schuldnerwechsel gedeutet worden. Ihnen hat Danz ¹⁾ eine Fülle neuer hinzugefügt, indem er in eingehender Untersuchung darzulegen unternahm, dass man bisher Stellen, die von einer „Passivsuccession“ reden; irrtümlich auf eine „abstrakte“ Delegation bezogen habe und so zu einer falschen Auffassung der Delegation wie der Succession der Römer gelangt sei. Das zwingt mich zum Gegenbeweis durch Quellenprüfung. Ich bin mir bewusst, mich damit auf's Glatteis zu begeben. Denn, wenn Forscher wie Salpius, Salkowski, Witte,

¹⁾ In der mehrfach citirten Schrift.

Danz zu den widersprechendsten Ansichten in einer ganzen Reihe von Fällen gelangen, so liegt das sicher nicht an der Ungründlichkeit des einen oder anderen Schriftstellers sondern an der Schwierigkeit der Aufgabe.

Dieselbe beruht in erster Linie in der Uneinigkeit, die in fast allen grundlegenden Fragen der Novationslehre herrscht. Denn wer davon ausgeht, dass die Delegation immer zugleich Novation, diese immer titulirt gewesen sei und deshalb immer die Einreden habe übergehen lassen, der wird natürlich die Quellen unter einem ganz anderen Gesichtswinkel betrachten, als der, welcher entgegengesetzten Anschauungen huldigt.

Den folgenden Ausführungen liegt überall diejenige Ansicht zu Grunde, die ich in der ersten Abhandlung niedergelegt habe, und ich will, was die wichtigste der einschlägigen Fragen betrifft, hier nur kurz wiederholen, dass ich bei passiver Novation die Einreden der novirten Schuld regelmässig, bei aktiver nur ausnahmsweise, aus Rücksichten des Regresses und sonst in jedem Fall besonders zu prüfenden Gründen, gegen die neue Obligation zulasse.

Die Resultate, die aus letzterer Ansicht bei Prüfung der Quellen zu ziehen sind, würden übrigens, wie ich hier gleich bemerken will, auch dann zu gelten haben, wenn die „reine“ Delegation die Obligation zwischen Deleganten und Delegaten zu noviren nicht im stande gewesen wäre.

Zum nicht geringen Teil rührt aber auch die vorerwähnte Schwierigkeit aus der Ausdrucksweise der römischen Juristen her. Wie irreführend die Sprache der Quellen sein kann, möge aus folgendem Beispiel erhellen. Danz ¹⁾ stellt die an sich sehr einleuchtende Behauptung auf, sobald in den Quellen ausgedrückt sei, was der Delegat dem Delegatar verspricht, könne ein Zweifel, ob eine aktive oder eine passive Delegation vorliege, nicht vorkommen. Demgemäss bezieht er die L. 45 § 7 mandati 17, 1 auf die Passivdelegation. Die Stelle lautet: „Quod mihi debebas a debitore tuo stipulatus sum periculo tuo: posse me agere tecum mandati in id, quod minus ab illo servare potero tunc enim liberabitur is qui debitorem

¹⁾ a. a. O. S. 34.

delegat, si nomen eius creditor secutus est, non cum periculo debitoris ab eo stipulatur.

Der Delegat ist also Schuldner des Deleganten. In einem solchen Falle durch Passivnovation mit dem Delegatar die Befreiung von seiner Schuld gegen den Deleganten erlangen zu wollen, hiesse aber für den Delegaten die Katze im Sacke kaufen. Aber auch der Delegatar könnte in vorliegendem Falle nichts unpraktischeres vornehmen als eine Passivnovation. Er will „periculo delegantis“ stipuliren, d. h. er will zwar den Delegaten als Schuldner annehmen aber den Deleganten als Bürgen behalten. Und zu diesem Zwecke sollte er eine Passivnovation vorgenommen haben, die doch die völlige Entlassung des bisherigen Schuldners zum Ausdruck brachte, die gerade das „sequi nomen debitoris“ bedeutet haben würde, welches der Delegatar vermeiden will? Wollte der Delegatar seinen Zweck erreichen, so musste er offenbar ein Rechtsgeschäft vornehmen, welches die Schuld des Deleganten nicht kraft Novation sondern nur insoweit tilgte, als sich der Delegatar durch die Promission des Delegaten für befriedigt erklärte. Auffallend könnte nur sein, dass er gegen den Deleganten nicht aus der früheren Schuld, sondern aus dem Mandat klagt. Dafür aber giebt der folgende § 8 die Erklärung: „idem juris est si mandatu fidejussoris cum reo egissem, quia sequenti mandato liberaretur ex prior causa (sc.: delegans fidejussor)“. Handelt es sich demnach in der erörterten Stelle nicht um Passivnovation, so ist das auch von Regelsberger angezweifelte weitere Merkmal zur Unterscheidung von Passiv- und Aktivdelegation, das Danz ¹⁾ giebt, unbrauchbar. Einen äusseren Anhalt zur Unterscheidung der beiden angeblichen Delegationsarten bieten die Quellen überhaupt nicht dar. Eine Thatsache, die höchst auffallend wäre, wenn nicht meine Erklärung, dass es eine „Passivdelegation“ überhaupt nicht gegeben habe, zutrifft.

Ich gehe zur Prüfung der wichtigsten von denjenigen Quellenstellen über, die bisher auf eine Passivdelegation bezogen worden sind.

Ich beginne mit der Stelle, welche uns eine Definition

¹⁾ a. a. O. S. 36.

der Delegation ex professo giebt, mit der schon citirten L. 11 de nov. et. del. von Ulpian. Ich setze sie nochmals her:

„Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit. Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem“.

Fasse ich als Subjekt des Relativsatzes den creditor auf, was sprachlich jedenfalls das Richtigste ist ¹⁾ und ergänze „me promittere“, so erhalte ich als Sinn: Ich kann als Schuldner in zweierlei Art bei einer Delegation beteiligt sein; sowohl, indem ich selbst meinem Gläubiger einen andern als Schuldner überweise, als, indem ich von meinem Gläubiger überwiesen werde. Dass man, wie dies Danz thut, die Worte „vice sua alium reum dare creditori“ notwendig auf eine Novation mit Gläubigerwechsel beziehen müsse, vermag ich nicht einzusehen. Einen andern Schuldner statt meiner erhält der Gläubiger durch Aktivdelegation wie durch Passivnovation. Der öfters gehörte Einwand aber, dass Ulpian der Litiskontestation nur die titulirte Promission habe gleichstellen können, wird hinfällig, wenn man Folgendes berücksichtigt: Per litis contestationem wurde bekanntlich noch in klassischer Zeit der Zweck desjenigen Rechtsgeschäft verwirklicht, das wir heute Cession nennen. Dieses Geschäft, das Prozessmandat, hat nun Ulpian unter die Delegation subsumirt in Verwendung einer älteren Auffassung dieses Institutes, die sich auch sonst in „delegare nomen, debitum“ und ähnlichen Wendungen findet. Eine derartige Deutung lässt die L. 11 cit. nicht nur zu, da ja „alium debitorem“ der Gläubiger durch Cession wie durch Delegation i. a. S. erhält, sondern fordert sie sogar. Denn für

¹⁾ Möglich wäre immerhin auch als Subjekt des Relativsatzes das in dem Vordersatze in Infinitivform erscheinende „Ich“ (Salpius und Danz: „delegans“) heranzuziehen, zumal wenn man sich entschliesst „jusserit“ in „jussum erit“ zu emendiren. Der Vorwurf von Windscheid, dass jene Konstruktion jubeo den Dativ regieren lasse, ist jedenfalls unberechtigt. Als Sinn würde sich ergeben: Ich delegire, indem ich meinem Gläubiger oder an wen ich sonst delegiren will einen andern als Schuldner verschaffe. Ulpian's Definition würde umfassender sein, doch macht „vice mea“ Schwierigkeiten.

Für meine Beweisführung ist es im übrigen gleichgiltig, welche Ergänzung des Textes man wählt.

eine besondere durch Litiskontestation zu vollendende Delegation ist neben dem *mandatum agendi* kein Raum — es sei denn, dass man mit Salpius die durch nichts gerechtfertigte Behauptung verteidigt, die Delegation mit Litiskontestation habe stets nur einen Schuldnerwechsel herbeigeführt.

Ist meine Auslegung der L. 11 cit. möglich, so kann ich es mir ersparen, auf die mannigfachen, mit Aufbietung allen Scharfsinnes an der L. 11 cit. bisher gemachten Ausbeutungsversuche weiter einzugehen.

Die von der Delegation handelnde Cardinalstelle ist bekanntlich die L. 19 h. t. Diese Stelle die bis dahin stets auf eine Aktivdelegation bezogen wurde ¹⁾, hat Danz ²⁾ für die Passivdelegation zu erobern und zum Mittelpunkt seiner eigenen Lehre zu machen gesucht. Es ist daher eine eingehendere Prüfung unerlässlich. Paulus sagt:

„*Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris cui quis delegatus est. idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, immo et in ea, quae ex senatus consulto filio familias datur: nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra senatus consultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit: tanto magis, quod hic nec solum repetere potest. diversum est in muliere, quae contra senatus consultum promisit: nam et in secunda promissione intercessio est. idemque est in minore, qui circumscriptus delegatur, quia, si etiam nunc minor est, rursum circum venit: diversum, si jam excessit aetatem viginti quinque annorum, quamvis adhuc possit restitui adversus priorem creditorem.*“

Bezieht man die Stelle auf die Aktivdelegation so ergibt sie als klaren und brauchbaren Sinn: delegire ich meinem Gläubiger an Zahlungsstatt meinen Schuldner, so kann dieser die Einreden, die er mir gegenüber hatte, dem neuen Gläubiger nicht entgegenhalten. War er also durch die *exceptio S. C. Mac.* geschützt, so geht er deren verlustig „quia nihil in ea promissione contra senatusconsultum fit“ (er ist ja nunmehr Schuldner aus dem Delegationsversprechen und nicht mehr

¹⁾ Thöl § 131 Note 3, v. Salpius S. 119.

²⁾ S. 36.

Darlehensschuldner). Erhalten bleiben müssen dem Delegaten nur Einreden aus solchen gesetzlichen Bestimmungen, die ihm ausser der Einrede im Falle der Erfüllung seiner Schuld eine *condictio* geben. Die Promission an den Delegatar enthielt ja die Erfüllung gegen den Deleganten und es musste also der Delegat auch gegen den Delegatar durch *exceptio* und *condictio* geschützt werden, wollte man verhindern, dass die Delegation benutzt wurde um „*legi fraudem facere*“ zu können ¹⁾. Hierher gehört das S.C. Macedonianum nicht, wohl aber das S.C. Velleianum und in derselben Weise schützte das Edikt die Minderjährigen.

Bei Constatirung dieser Ausnahmen ist aber dem Paulus sehr klar gewesen, wie sehr dadurch der Delegatar gefährdet wurde; sein Rechtsgefühl, das ihn bekanntlich auf mildere Anwendung der Minderjährigen-Privilegien dringen liess ²⁾, veranlasst ihn, noch einmal das Bedenkliche der Übertragung solcher Einreden hervorzuheben, und er schliesst daher: „*ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est, aut etiamsi sciat, dissimulare debet ne curiosus videtur: et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem sumere ex persona debitoris*“. Danz meint, diese Ausführung von Paulus sei sinnlos, sofern es sich nicht um Passivnovation handele, das ist aber nur dann richtig, wenn man von der Voraussetzung ausgeht, dass die Aktivnovation immer habe „titulirt“ sein müssen; steht man indessen nicht im Banne dieser Anschauung, so erscheint, wie ich schon oben erwähnte, der Schlusssatz von Paulus durchaus nicht sinnlos, ja nicht einmal, wie Salpius meint, „naiv“. Behält man immer die Möglichkeit einer unabhängigen Novation im Auge, so verlieren auch die übrigen Argumente von Danz ihre Kraft ³⁾.

¹⁾ Es ist das also derselbe Gedanke, der in der L. 8 § 4—6 ad. S.C. Vell. 16, 1 eine weitere Anwendung findet. Dass auch hier Danz zu Unrecht mit der Passivnovation operirt, hat Regelsberger (Krit. V. J. Schr. XXVIII S. 387) eingehend nachgewiesen.

²⁾ Dernburg „Pandekten“ I § 141.

³⁾ 1) Dass der Jurist, wenn er von der unabhängigen Delegation

Die Ausdrucksweise des Juristen giebt aber sogar ein Beweismittel gegen Danz an die Hand. Paulus redet von „*primus*“ und „*secundus*“ creditor. Hätte er das wohl gethan, wenn er einen Schuldnerwechsel im Auge hatte?

Eine Passivnovation findet Danz ¹⁾ im Gegensatz zu Thöl ²⁾ auch in der L. 12 h. t. die meiner Auffassung nach gerade einen Beweis für meine oben vorgetragene Behauptung bietet, dass die Passivnovation für die Delegation untauglich ist. Paulus sagt nämlich:

„*Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptio adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit: sed is qui delegavit tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset, et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati iudicio.*“

d. h.: überweise ich meinem Gläubiger einen durch Einrede geschützten Schuldner, so geht dieser, wenn er sich bei der Promission der Existenz dieser Einrede bewusst war, derselben gänzlich verlustig — „*quoniam remittere exceptionem videtur*“. (Also denselben Gesichtspunkt, den ich verwendet

sprach, nicht die Delegation durch Litiskontestation eigens von der aufgestellten Regel ausnahm darf uns nicht Wunder nehmen. 2) Bei einer unabhängigen Novation klagt der neue Gläubiger nicht auf Rückzahlung des vom alten Gläubiger gewährten Darlehns, (nach meiner Auffassung auch bei titulirter Aktivnovation nicht!) sondern aus einem abstrakten Summenversprechen. Damit dürfte der Fortfall der Einreden doch zur Genüge erklärt sein. 3) Worin die Intercession der Frau liegt habe ich oben ausgeführt. 4) Nur unter der Voraussetzung, dass es sich um titulirte Aktivnovation nicht aber um eine unabhängige Novation handelt, hatte überhaupt der Einwand einen Schein von Berechtigung, dass wer nach vollendetem 25. Jahre eine Schuld, die er als minor contrahirt hatte, dem Delegatar verspricht, gegen diesen die Restitution eben so wie gegen den Deleganten hätte erlangen müssen. Völlig haltlos aber wird das Argument, wenn unsere Behauptung richtig ist, dass auch bei titulirter Aktivnovation *exceptio* und *condictio* gegen die neue Obligation wegen Anfechtbarkeit der alten nur ausnahmsweise gegeben wurden.

¹⁾ S. 39.

²⁾ § 131.

habe um darzuthun, dass bei titulirter Passivnovation der delegirte Schuldner die Einreden des Deleganten verlieren müsse ¹⁾). Promittirte aber der Delegat in Nichtkenntnis seiner Einrede, so kann er sich zwar dem neuen Gläubiger gegenüber auch in diesem Falle nicht auf dieselbe berufen, „quia ille suum recepit“ (er hat ja die Promission des Delegaten als Valuta auf die Schuld des Deleganten empfangen); aber vom Deleganten kann er nach allgemeinen Grundsätzen die Leistung, die er auf seine Nichtschuld an den Deleganten durch die Promission gemacht hat, zurückverlangen. — All das hier von Paulus ausgesagte passt ebenso wohl wie die verwandten Stellen L. 13 h. t., ferner L. 33 eodem, L. 5 § 5 de doli mali 44, 4, L. 1 § 10 quarum rerum 44, 5 ²⁾) durchaus auf die Aktivnovation. Zur Begründung seiner Auffassung führt Danz ausser der Berufung auf das oben schon als unzulänglich ge-

¹⁾ Ich will nicht unterlassen zu bemerken, dass noch eine andere Auffassung der Stelle möglich ist, die noch schlagender für mich sprechen würde: Macht man, — was mir grammatisch richtiger als die im Text gegebene Übersetzung zu sein scheint —, zum Subjekt des ersten Satzes den Schuldner, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, und ergänzt für den zweiten Satz als Subjekt wiederum den durch Einrede geschützten Schuldner, der aber nunmehr als in Unkenntnis über sein Recht hingestellt wird, so ergibt sich: Paulus, der wie Ulpian in der vorhergehenden L. 11 das Edikt commentirt, erörtert wie dieser die zwei Möglichkeiten, dass ein Schuldner selbst seinem Gläubiger delegirt oder von diesem delegirt wird, und prüft, inwieweit der Erfolg der Delegation durch das Vorhandensein von Einreden des im ersten Fall delegirenden, im zweiten Falle delegirten Schuldners gehindert werden kann. Delegirt nun der Schuldner in einem solchen Fall, obwohl er wusste, dass er zur Zahlung verpflichtet war, so gleicht er einem Schenker, quoniam remittere exceptionem videtur! Ich bin mir übrigens bewusst, dass eine derartige Auslegung der L. 12 cit. neben sprachlichen Vorzügen sachliche Mängel aufweist, da Paulus, wenn er zwei verschiedene Fälle im Auge hatte, beide jedenfalls nicht erschöpfend behandelt hat, vielmehr den ersteren nur unter dem Gesichtspunkt des bewussten, den letzten nur unter dem des unbewussten Ausserachtlassens der Einreden. Doch scheint mir diese Schwierigkeit nicht eben unüberwindlich. (Für diese Auslegung ist Leonhard in der Zeitschrift f. Handelsrecht XXVI S. 315.)

²⁾ vgl. Danz S. 39.

kennzeichnete sprachliche Merkmal gegen Thöl nur den Umstand in's Feld, dass in mehreren jener Stellen dem Delegaten die Einreden aus seiner Schuld gegen den Deleganten abgesprochen werden, weil der creditor „suum petit, debitum persequitur“. Das, meint Danz, passt nicht auf eine abstrakte Stipulation; es hätte vielmehr in solchem Falle die Begründung der Quellen lauten müssen: „weil der Delegat dem Delegatar versprochen hat“. Wer, wie ich bei relativer Stipulation nicht mehr und nicht weniger als bei abstrakter die Einreden der alten Obligation auf die aktiv-novirende wirken lässt, für den ist jener Einwand von vornherein gegenstandslos. Aber auch gegen diejenigen, welche bei titulirter Novation die Einreden übergehen lassen, kann er nicht durchschlagen. Denn an anderen Stellen wird promiscue mit dem „quia suum petit“ die Wendung gebraucht „quia suum recepit“. Das aber passt doch offenbar wieder nicht auf eine Novation mit Schuldnerwechsel, zumal wenn diese, wie Danz meint, als Succession in die Schuld aufgefasst wurde. Die Wendung „suum recepit“ zeigt uns aber, was die römischen Juristen meinen. „suum recepit“, „suum petit“ der Delegatar deshalb, weil durch die Promission der Delegat eine Schuld des Deleganten an den Delegatar tilgte — weil, wie ich schon bei Besprechung der L. 12 h. t. hervorhob, für den Delegatar Valuta in der Promission des Delegaten liegt ¹⁾).

Damit wären die wichtigsten von anderen Schriftstellern, besonders von Danz, auf eine Passivnovation gedeuteten Delegationsstellen erörtert. In der C. 3 de nov. 8, 42 sucht zwar Salpius (S. 385 u. 392) eine Passivnovation, weil es mit seiner Novationstheorie nicht vereinbar ist, dass die constitutio eine Novation durch abstrakte Stipulation bewirkt werden lässt. Indess hat schon Witte (S. 350) die Stelle für die unabhängige Novation vindiziert durch den Hinweis, dass es viel natürlicher sei, die an den rescribirenden Kaiser gerichtete Anfrage so zu denken, dass die Thatsache der Forderungsüberweisung ausser

¹⁾ Man vergleiche übrigens auch, wie ganz anders das, was nach der Ansicht von Danz in den oben angeführten, zumeist von Ulpian und Paulus herrührenden Stellen hat gesagt werden sollen, Ulpian in der L. 4 § 20 de doli mali 44, 4 begründet!

Zweifel stand und nur die Art der Ausführung (Cession oder Delegation) aus der Fragestellung nicht erhellte.

Ich möchte zum Schluss meines Excurses einige Stellen anführen, deren Gegenstand gerade der Gegensatz zwischen der Novation mit Schuldnerwechsel und der Delegation bildet. Da ist zunächst die L. 8 i. f. h. t. 46, 2:

„Quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat: si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberabitur. non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur: liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim.“

Ein Commentar zu diesen Worten Ulpian's erscheint überflüssig. Denselben Gegensatz behandelt Ulpian von einem anderen Gesichtspunkt aus in der L. 8 § 2 ad S.C. Vellejanum 16, 1:

„Si mulier apud Primum pro Secundo inter venerit, mox pro Primo apud creditorem eius, duas intercessiones factas Julianus libro duodecimo digestorum scribit, unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem eius, et ideo et Primo restitui obligationem et adversus eum. Marcellus autem notat esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat, an vero quasi debetrix delegetur, scilicet ut, si quasi debetrix delegata est, una sit intercessio.“

Marcellus unterscheidet: War die Frau dem Stipulanten delegirt, und zwar „quasi debetrix“ delegirt, so dass der neue Gläubiger glauben durfte, sie zahle durch die Stipulation ihre eigene Schuld an den Deleganten, so wird die Frau nicht durch exceptio S.C. Vellejani geschützt, denn: „tunc locus est senatus consulto, cum scit creditor eam intercedere“ (L. 12 eodem). Trat aber die Frau so auf, als begönnen ihre rechtlichen Beziehungen zu dem früheren Schuldner erst mit der Intervention (ab initio in alterius locum subdatur), und nahm demgemäss der Gläubiger eine Passivnovation mit ihr vor („obligationem transfert creditor a debitore“ — oben war es der Schuldner,

der durch die Delegation sich von der Obligation befreien wollte!), so fällt ihre Handlung unter das Senatusconsult ¹⁾).

Damit will ich diesen exegetischen Exkurs schliessen. Ich zweifle nicht, dass man noch eine grössere Anzahl von Stellen, die von einer Delegation mit passiver Novation prima facie zu reden scheinen, wird vorweisen können. Ebensowenig aber zweifle ich, dass sie bei genauer und unbefangener Prüfung auch die Deutung auf eine Aktivnovation zulassen — mit welcher Möglichkeit für mich alles gewonnen sein würde.

¹⁾ Wie ich versteht Witte (S. 344) die Stelle im Gegensatze zu Salpius (S. 127).

Die Schuldübertragung.

Einleitung.

Begriff der Schuldübertragung.

„Schuldübertragung“ nenne ich den Rechtsvorgang, den Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes als „Schuldübernahme“ zu bezeichnen pflegen. Warum diese Abweichung vom Herkommen? Aus einem doppelten Grunde. Einmal um die Aufstellung des sich selbst widersprechenden Begriffes der „notwendigen“ („gesetzlichen“) Schuldübernahme zu vermeiden. „Übernahme“ ist Willensbethätigung; eine Verpflichtung, die ohne mein Wollen mir angehängt wird, „übernehme“ ich nicht. Die Sache liegt ganz so wie bei der „notwendigen Cession“, nur, dass diese sich leider fest eingebürgert hat, während es noch den Versuch lohnt, an Stelle der notwendigen Schuldübernahme eine den Anforderungen der Logik besser entsprechende Bezeichnung zu setzen. Diese empfiehlt sich aber noch aus einem anderen, schwerer wiegenden Grunde.

„Schuldübernahme“ heisst nämlich auch das die Schuldübernahme (i. S. d. Schuldüberganges) vorbereitende Rechtsgeschäft zwischen Urschuldner und Neuschuldner, das „Deckungsgeschäft“, um diese Bezeichnung des analogen Vorganges bei der Delegation hier zu gebrauchen. Wenn A dem B verspricht: „Ich übernehme das Darlehn, das C von dir zu fordern hat“ oder: „Ich übernehme in Anrechnung auf den Preis des Hauses, das ich von dir kaufe, die darauf ruhende Hypothek“ so denken oft die Parteien garnicht daran, dass der „Übernehmer“ Schuldner des Gläubigers werden soll. Er soll nur den Urschuldner befreien — wie? das ist diesem ganz gleich. Die Schuldübernahme im Sinne eines Schuldüberganges steht zu diesem Schuldübernahme-Vertrage nur insofern in Be-

ziehung, als sie zu seiner Erfüllung dienen kann, wie beispielsweise die Cession zur Erfüllung des Erbschaftskaufes — von der Frage, ob wie der Erbschafts Kauf die Cession, so die Schuldübernahme den Schuldübergang enthalten könne, sehe ich hier absichtlich ab; aber die systematische Verwandtschaft ist keine nähere als die des Erbschaftskaufes zur Cession oder Tradition. Dieser Zweiseitigkeit des überkommenen Begriffes der Schuldübernahme haben die Motive zum deutschen Entwurfe ¹⁾, offenbar im Hinblick auf obige Analogie, durch die Unterscheidung von „dinglichem“ und „persönlichem“ Übergang der Schuld gerecht zu werden versucht. Mit Recht hat Gierke ²⁾ diesen Versuch als unklar getadelt. Die sog. dingliche Wirkung ist gerade die Übertragung der Schuld von einer Person auf die andere, fehlt sie, so kann man — sofern der Begriff „Schuldübernahme“ überhaupt noch einen systematischen Werth haben soll — füglich entweder nicht mehr von Schuldübernahme reden oder aber muss für die dingliche Wirkung eine andere Bezeichnung wählen. Diesem Bedürfnisse habe ich durch die Aufstellung der „Schuldübertragung“ abzu- helfen gesucht.

Die gangbare Definition der Schuldübertragung (Schuldübernahme) lautet: Eintritt eines neuen Schuldners in eine bestehende Obligation. Der neue Schuldner kann an die Stelle des alten Schuldners oder neben denselben treten. Im ersten Falle spricht man von „privativer“, im zweiten von „kumulativer“ Schuldübertragung. Ich wähle die deutschen Bezeichnungen „befreiende“ und „bestärkende“ Übertragung. Obige Definition würde nur dann richtig sein, wenn 1) die befreiende Schuldübertragung immer eine Succession, 2) die bestärkende immer eine correal Verpflichtung des Zweitschuldners hervorbrächte, d. h. wenn in beiden Fällen die Obligation des neuen Schuldners stets „identisch“ wäre mit der des alten. Das trifft aber hinsichtlich der bestärkenden Schuldübertragung ganz sicher nicht zu. Schon aus diesem Grunde ist also die angegebene Definition zu verwerfen. Ich bin aber der Ansicht,

¹⁾ Motive zu §§ 314, 315 des Entwurfes I, S. 143, 145.

²⁾ In Schmoller's Jahrbuch für Gesetzgebung Bd. XIII (1889) S. 201 unten.

dass die heikle Frage der Identität der alten und der neuen Obligation gänzlich aus der Begriffsbestimmung der Schuldübertragung zu verbannen ist. Denn dadurch, dass der erste Bearbeiter der Lehre, Delbrück, die Sondernachfolge in Forderung und Schuld auf sein Panier schrieb, ist die Erörterung unseres Rechtsgebildes in ebenso ungerechtfertigter wie unzuträglicher Weise auf einen Gegensatz zwischen einer angeblichen deutschen Praxis und einem angeblich von derselben überholten römischen Rechte zugespitzt worden. Unzuträglich ist diese Wendung deshalb gewesen, weil sie einen Prinzipienstreit ohne praktischen Wert herbeigeführt hat, ungerechtfertigt aber deshalb, weil die Frage der Rechtsidentität für den Begriff der Schuldübertragung, insbesondere die Frage der Möglichkeit einer Passivsuccession für den Begriff der befreienden Schuldübertragung irrelevant ist. Auch ist Succession nichts als eine dem Wechsel der Entwicklung unterworfenene juristische Formel; wer in das Wesen der Sache eindringen will, muss die rechtsökonomische Bedeutung des Institutes, den Verkehrszweck, dem es dient, in's Auge fassen. Oder bildet nicht in jeder Darstellung der Forderungsübertragung diese eine fortlaufende Entwicklungsreihe von der *cognitoris datio* an bis zu unsrer Sondernachfolge in die Forderung? Ist die Mancipation um deswillen keine Eigentumsübertragung, weil sie ihren Zweck: Zuweisung des Eigentums an einen neuen Inhaber nicht auf dem Wege der Succession im heutigen Sinne, sondern durch Vernichtung des Eigentums auf der einen und Neubegründung auf der andere Seite zu erreichen sucht? ¹⁾

Worin liegt denn aber ein zur Begriffsbestimmung der Schuldübertragung, befreienden wie bestärkenden, dienliches Kriterium? Darin, dass durch die Schuldübertragung der Neuschuldner zum Gläubiger in eine obligatorische Beziehung tritt, ohne dem Vermögen desselben eine (entgeltliche oder unentgeltliche) Bereicherung damit zuzuführen, dass also der Gläubiger sich sein Recht dem Neuschuldner gegenüber nicht erst — *sit venia verbo*: — zu verdienen braucht, sondern bereits bei Begründung der Obligation des Urschuldners verdient hat. Dies ist was die Neueren Einheit der materiellen causa nennen.

¹⁾ Vgl. Jhering, Geist des römischen Rechts I S. 117.

Jede Obligation soll dem Vermögen des einen Obligations-subjektes eine Vermehrung auf Kosten des anderen zuführen. Es liegt also in der Verpflichtung eine Entäusserung des Verpflichteten zu Gunsten des Berechtigten, für die, sofern sie durch Vertrag hervorgerufen wird, ein Zweck bei dem sich verpflichtenden vorhanden sein muss. Dieser kann ein ideeller sein (Schenkung) oder ein reeller: die Erlangung einer Vermehrung des eigenen Vermögens als Entgelt für die Entäusserung. Dieser Zweck des Verpflichtungsaktes bildet dann den Grund, die *causa*, des daraus entstehenden Rechtes. Eine derartige *causa* haben indessen nicht nur die aus Vertrag, sondern auch die aus Delikt entstehenden Obligationen. Und auch hier lässt sich eine ideelle *causa* von einer reellen unterscheiden, je nachdem das Gesetz eine Busse will oder Schadenersatz für das durch Schuld des Obligirten in dem Vermögen des anderen Teiles entstandene Minus.

„Materiell“ wird in diesem Sinne die *causa* genannt im Gegensatz zur formellen *causa*: dem äusseren Thatbestand des Rechtes.

Es liegt auf der Hand, dass beide *causae* in einen Widerstreit treten, sich gegenseitig begrenzen müssen. Das Recht im Kindheitsstadium kennt nur den äusseren Thatbestand der Rechte und Leistungen, es sieht nur auf den geäusserten Parteiwillen und nicht auf dessen materielle Unterlage. Das Rechtsgeschäft ist in dieser Zeit „abstrakt“ und „solenn“. Erst nachdem das Staatskleid der Solennität abgestreift ist, können schüchterne Versuche gemacht werden auch das zweite Gewand zu lüften und den darunter befindlichen Kern, den inneren Thatbestand des Rechtsgeschäftes, zum Vorschein zu bringen.

Die volle Geltung hat dieser sich offenbar erst dann verschafft, wenn die Verwirklichung der mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Absicht Bedingung seiner Vollkraft geworden ist. Wenn also, um ein Beispiel zu wählen, der Käufer mit der *exceptio non adimpleti contractus* die Existenz des gegnerischen Rechtes bestritte und nicht nur sein eigenes Gegenrecht zur Geltung brächte. Sofern nur das letztere geschieht, ist der Causalitätsgedanke noch nicht dazu vorgeedrungen, den Grund des Rechtes zu bilden, sondern ist im Zweckbegriff stecken

geblieben. Verspreche ich schenkungshalber, so bildet die Schenkung die causa meiner Verpflichtung. Aber diese causa kann verschiedene Rechtswirkungen äussern. Der Schenker hat die Competenz. Insoweit affizirt die causa das Recht des Beschenkten, sie ist Thatbestand desselben geworden. Der Schenker hat ausserdem im Falle der Undankbarkeit des Beschenkten des Widerrufsrecht, particularrechtlich im Falle eigener Verarmung das Recht auf Prozente. Dadurch wird die Forderung des Beschenkten an sich nicht affizirt, sein Eigentum an der geschenkten Sache nicht suspendirt; die causa seines Rechtes ist also nicht in dessen Thatbestand übernommen worden. Sie bildet einen Modus des Rechtes, aber nicht seine Bedingung. Sie erzeugt ein Recht des Leistenden auf Aufhebung der Leistung, macht aber nicht diese unkräftig. Sie wirkt nicht auf den Thatbestand des Rechtes, sondern erzeugt ein Gegenrecht. Ein jeder Vertrag hat eine materielle causa, aber nicht jede materielle causa ist zum Thatbestand des Rechtes entwickelt.

Doch ist der Unterschied nur ein gradueller; im Obligationenrechte insbesondere verwischt er sich fast unmerklich. Wenn der Prätor das Novationsversprechen wegen Anfechtbarkeit der novirten Obligation durch *condictio* widerrufen lässt, so hat er den Zweck des Novationsversprechens anerkannt und dem Promittenten ein Gegenrecht verliehen. Doch wird auch dann, wenn dieses Gegenrecht in Gestalt einer *exceptio doli* gegenüber dem Hauptrechte auftritt, des letzteren Thatbestand nicht beeinflusst. Das zeigt sich ganz deutlich dann, wenn es sich um die *condictio indebiti* und die auf Grund derselben gewährten *exceptio* handelt. Denn bei dieser trägt in dem Erfordernis der *ignorantia* ¹⁾ das in Form der *exceptio* auftretende Recht einen dem Hauptrechte unverkennbar fremden Bestandteil in sich. Schwieriger schon ist die Unterscheidung, wenn die *exceptio* den Stempel selbständiger Existenz nicht so offen trägt; wenn z. B. die *exceptio* eine Metamorphose der *condictio sine causa* ist ²⁾. Denn hier wird

¹⁾ Vgl. oben I S. 17.

²⁾ Vgl. unten S. 66.

durch die Einrede das Recht scheinbar auf seiner eignen Grundlage angegriffen.

In den Thatbestand des Rechtes aufgenommen ist die materielle causa m. E. aber erst dann, wenn die Behauptung ihrer Existenz zur prozessualen Begründung des Rechtes erfordert wird. Wenn also — um bei dem Beispiele der Novation zu bleiben —, der Gläubiger, der aus der novirenden Obligation klagt, das Vorhandensein einer novirten Obligation zur Begründung seiner Klage zu behaupten hätte.

Rechtsgeschäfte, welche die materielle causa in ihren Thatbestand aufgenommen haben, nennen wir „materielle“, alle anderen „abstrakte“.

Zwei Obligationen können eine gemeinsame materielle causa haben, weil nicht diese sondern der äussere Thatbestand, der Begründungsakt, die Obligation individualisirt. Es können nicht nur zwei sich ablösende, sondern auch zwei zugleich bestehende Obligationen eine gemeinsame materielle causa haben. Gleichzeitig auf einer causa sich aufbauende Obligationen sind solidarisch, (kommt die Einheit des Begründungsaktes hinzu, so liegt Correalität vor) was zur Wirkung hat, dass durch Erfüllung der einen die andere ipso jure mitgetilgt wird.

Soviel über materielle causa und Thatbestand. Die aus der Schuldübertragung für den Neuschuldner sich ergebende Verpflichtung zeichnet sich also vor jeder anderen dadurch aus, dass sie keine selbständige materielle causa hat, sondern diese aus einer vor ihr in's Leben getretenen Verpflichtung eines anderen Schuldners entnimmt. Ob sich die Einheit der materiellen causa zur Einheit des ganzen Thatbestandes, d. h. zur Identität der beiden Obligationen entwickelt, das hängt lediglich davon ab, inwieweit das Recht sich entschliesst, den von mir in's Leben gerufenen Thatbestand für eine andere Person wirken zu lassen.

Danach ist die Schuldübertragung zu definiren als die Begründung einer Verpflichtung, welche ihre materielle causa mit der Verpflichtung einer anderen Person teilt.

Bestärkende Schuldübertragung liegt vor, wenn die zweite Verpflichtung sich neben die erste stellt, befreiende, wenn die

eine die andere tilgt. Der Gegensatz zwischen freiwilliger und notwendiger Schuldübertragung bedarf nach dem eingangs Gesagten einer nochmaligen Erörterung nicht.

Vorliegende Schrift beschränkt sich auf eine Bearbeitung der freiwilligen befreienden und der notwendigen bestärkenden Schuldübertragung und hat sich insbesondere die Untersuchung zur Aufgabe gestellt, inwieweit etwa Fälle des Rechtslebens, denen man bisher mit dem Begriff der freiwilligen befreienden Schuldübertragung beizukommen suchte, in Wahrheit unter die Kategorie „notwendige bestärkende Schuldübertragung“ zu bringen sind.

Die Fälle der beiden anderen Unterarten der Schuldübertragung haben unter den Firmen „Universalsuccession“ und „Bürgschaft“ hinreichende Darstellung in Monographien und Lehrbüchern gefunden. Sie werden in dieser Schrift nur zum Vergleiche, zu diesem Zwecke aber auch in ausgedehntem Masse herangezogen werden.

Die freiwillige befreiende Schuldübertragung.

I) Das römische Recht.

1) Vorbemerkungen.

Eine freiwillige befreiende Schuldübertragung vollzieht nach der oben gegebenen Begriffsbestimmung wer eine Verpflichtung auf sich nimmt, die auf der materiellen causa einer fremden Verpflichtung sich aufbaut und diese durch ihr Erscheinen aufhebt. Wir werden später sehen, dass und warum die befreiende Schuld heute regelmässig ausser dem inneren auch den äusseren Thatbestand der Erstschuld sich zulegt, die befreiende Schuldübertragung also regelmässig in Form der Sondernachfolge in die Schuld sich vollzieht.

Der Schuldübertragungsvertrag zwischen Gläubiger und Neuschuldner, dem die folgenden Ausführungen gewidmet sind, ist ein römisches Erzeugnis in moderner Fortbildung. Die schon von verschiedenen anderen Seiten (v. Salpius, Gide, Danz — Menzel) aufgestellte, aber bisher in weiterem Umfange nicht anerkannte Behauptung, dass zwischen der modernen Schuldübertragung und der römischen Passivnovation ein grundsätzlicher Unterschied nicht bestehe, bedarf einer neuen, eingehenden Begründung um so mehr, als meiner Ansicht nach hüben wie drüben mit einer falschen Auffassung der römischen Novation, insbesondere der Passivnovation, operirt worden ist. Zudem bedarf jene Behauptung einer Ergänzung dahin, dass bei der Heranbildung unseres heutigen Institutes die römische defensio nicht weniger beteiligt ist wie die novatio.

Ein Rückblick auf die Entwicklungsgeschichte der Schuldübernahme und Schuldübertragung in Rom ist, wie mir scheint, geeignet so manche irrige Vorstellung über das Verhältnis moderner Verkehrsbedürfnisse und Rechtsanschauungen zu denen der Römer richtig zu stellen, dass der gute Zweck der Vermittlung bestehender Gegensätze es entschuldigen mag, wenn ich an dieser Stelle länger verweile als die dieser Schrift gestellte Aufgabe es eigentlich erfordert.

Die Gelegenheiten, bei denen sich in Rom das Bedürfnis nach einer Schuldübernahme, d. h. der wirtschaftlichen Entlastung dieses und Belastung jenes Vermögens geltend machte, waren mannigfaltigster Natur. Teils deckten sie sich mit Erscheinungen des heutigen Lebens; so boten insbesondere die Rechtsverhältnisse der Erbschaft (Erbschaftsteilung ¹⁾), der Erbschafts Kauf ²⁾), bis zum Sct. Trebellianum auch das Universal-fideicommiss) Veranlassung zu Schuldübernahmeverträgen; teils aber — und diese Fälle sind die ältesten und wichtigsten — wirkte ein uns heute unbekanntes Moment in dieser Richtung: der Mangel der freien Stellvertretung. Sklaven und Hauskinder konnten diesen Mangel nicht völlig abhelfen; es blieben noch Fälle genug, in denen der abwesende oder sonst verhinderte Geschäftsherr sich an eine freie Person wenden musste, die wie die Rechte so auch die Pflichten als „Ersatzmann“ zunächst für sich begründete und demnächst zu entlasten war. Zwar schuf für die dringendsten der hierher gehörigen Fälle der Prätor eine „notwendige Schuldübertragung“, teils cumulativer (*actiones adjecticiae qual.*), teils privativer Natur (Tutel). In anderen Fällen aber mussten sich die Parteien selbst den Weg zur Befreiung des Ersatzmannes suchen.

Wie heute, so war sicher auch schon in Rom das einfachste Mittel dazu die Erfüllung der Schuld durch den Geschäftsherrn, den Schuldübernehmer.

Indessen hat es doch in Rom eine Zeit gegeben, wo die Erfüllung der Obligation durch dritte, ja die Erfüllung der Obligation überhaupt, als solche nicht tilgend wirkte. Diesem Umstände verdanken wir die Verwendung der Litiskontestation

¹⁾ L. 3 fam. ercisc. 10, 2.

²⁾ C. 2 de h. v. a. v. 4, 39.

mit dem Stellvertreter zu Schuldübertragungszwecken und die Ableitung der Passivnovation als einer ausserprozessualen Schuldübertragung.

Die Erfüllung tilgte zur Zeit der Herrschaft des strengen, formellen Rechtes, bis zum Eindringen des *jus gentium*, die Obligation nur dann, wenn sie in der Form des solennen Aufhebungsaktes, des *contrarius actus*, auftrat; dass dieser nur von denselben Personen vorgenommen werden konnte, welche die Obligation begründet hatten, ist selbstverständlich. Befand sich nun der zu befreiende Schuldner ausserhalb Roms, so half es gar nichts, dass ein anderer bereit war für ihn zu zahlen — was war also zu machen? Der zur Befreiung des Schuldners verpflichtete, beauftragte oder aus sonstigem Grunde bereite übertrug die Schuld auf sich, und zwar durch *Novation* oder *Litiskontestation* mit dem Gläubiger.

2) Die äussere Geschichte.

Dass ich die Litiskontestation mit dem „*in rem suam*“ auftretenden Vertreter des Schuldners ohne weiteres „Schuldübertragung“ nenne, wird Bedenken kaum unterliegen. Denn, wenn auf Grund der Feststellung des Richters, dass Titius dem Kläger 100 schulde, diesem gegen den Prozessvertreter Maevius die *actio judicati* gegeben wird, so ist auf diesen Vorgang geradezu der Begriff der Succession in allen seinen Merkmalen anwendbar.

Wie ich eingangs die Schuldübertragung definirt habe, trage ich aber kein Bedenken, die Passivnovation ihr zuzurechnen. Dass die novirende Obligation mit der novirten auf einer materiellen *causa* beruhe, habe ich in den dieser Arbeit vorangesetzten beiden Abhandlungen von verschiedenen Gesichtspunkten aus zu zeigen gesucht und berufe mich einstweilen auf das dort gesagte.

Ich möchte die Frage aufwerfen: wie kamen die Römer dazu der Prozessübernahme noch einen zweiten Schuldübertragungsmodus an die Seite zu stellen? Von zwei Rechtsgeschäften die in gleicher Brauchbarkeit dem gleichen Zwecke dienen ist eines vom Übel; man wird den Römern ungezügelter Produktivität auf dem Gebiete des Rechtes nicht leicht zum

Vorwurf machen können. Von vornherein wird man behaupten dürfen, dass die Litiskontestation als Mittel zur Schuldübertragung der Novation gegenüber gewisse Mängel aufgewiesen habe, wie andererseits das Nebeneinanderstehen der beiden beweist, dass die Litiskontestation auch der Vorzüge nicht entbehrt habe. Jene Mängel lagen einmal in dem Cautionswesen. Nicht genug damit, dass der Miterbe, der Erbschaftskäufer oder wer sonst verpflichtet war, fremde Schulden auf sich zu nehmen, die Erfüllung dieser Pflicht durch Caution sicher zu stellen hatte ¹⁾, musste er um die Klage des Gläubigers auf sich lenken zu können, diesem abermals Sicherheit, die *cautio judicatum solvi*, stellen ²⁾; das war unbequem. Entscheidend jedoch fiel zu Gunsten einer ausserprozessualen Schuldübertragung in's Gewicht, dass ja doch der Intercedent in der Regel gar nicht die Absicht hatte, die Schuld zu bestreiten und es sich eine Prozesswette kosten zu lassen, sondern im Gegenteil sie übernehmen wollte um sie zu bezahlen.

Diese ausserprozessuale Schuldübertragung also war die Passivnovation. Salpius ³⁾ hat die sehr naheliegende und ansprechende Hypothese verfochten, dass Novation und Litiskontestation, wie sie gemeinsam dem Zwecke der Übertragung von Schulden und — wie ich hier hinzufügen will — von Forderungen dienten, so auch der juristischen Abstammung nach Geschwister seien. Die Argumente, die dagegen neuerdings wieder von Merkel ⁴⁾ vorgebracht worden sind, haben mich von der Unrichtigkeit der Salpius'schen Vermutung nicht überzeugen können; ein zwingender Beweis für oder wider wird aber überhaupt nie zu führen sein, ich verzichte daher hier auf eine Wiedergabe der mancherlei Gründe, die für Salpius sprechen. Wie dem auch sei, ihrer rechtsökonomischen Bedeutung nach ist jedenfalls die Litiskontestation des Stellvertreters mit der Novation eng verwandt. Wie die Passivnovation so verdankt auch die Aktivnovation ihre Entstehung der Unbehüllichkeit des alten Rechtes, welches zur Erfüllung der Obligation die

¹⁾ C. 2 de her. v. act. vend. 4, 39.

²⁾ §§ 3—5 J. de satisdat. 4, 11.

³⁾ S. 139 ff.

⁴⁾ Der römisch-rechtliche Begriff der novatio. Strassburger Dissertation 1892.

Gegenwart der Obligationssubjekte erforderte. Und wie mit der Passivnovation so konkurrierte auch mit der Aktivnovation die Litiskontestation.

Bei der Forderungsübertragung aber änderte sich dies Verhältnis, als man durch die Einführung der Denunziation dem Prozessmandat die Sicherheit der Novation verschaffte. Jetzt wurde diese von der Cession völlig aus dem Felde geschlagen, und als Antoninus Pius dem Erbschaftskäufer die actio seines Cedenten als utilis verlieh, war das Problem der Forderungsübertragung, wie wir es heute auffassen, im Wesentlichen gelöst. Wo wir eine Aktivnovation noch in den Quellen erwähnt finden, fungiert sie nur, kann sie nur fungieren zu Delegationszwecken, d. h. die Aktivnovation ist nicht mehr Forderungsübertragung, weil die novirende Obligation bei ihr nicht mehr auf der materiellen causa der novirten beruht, sondern eine Leistung des Deleganten an den neuen Gläubiger, den Delegatar, darstellt, also ihre materielle causa in dem Verhältnis zwischen diesen beiden Personen hat ¹⁾.

Es darf von vornherein nicht Wunder nehmen, wenn die Schuldübertragung eine gleiche zielbewusste Durch- und Fortbildung von seiten der römischen Juristen nicht erfuhr, sondern von der umwälzenden Kraft neuer Ideen nur insoweit betroffen wurde, als ihre Stellung im Organismus des Rechtes das einmal mit sich brachte. Die freiwillige Schuldübertragung spielte eben schon seit langer Zeit nur noch eine sehr unbedeutende Rolle im römischen Rechtsleben. Zum Teil hatte ja, wie ich oben zeigte, der Prätor sie dadurch überflüssig gemacht, dass er einen Schuldübergang von Rechtswegen einführt; ihrer wichtigsten Funktionen aber entthob er sie, als er der Realzahlung Tilgungseffekt verlieh. Wann dies geschehen ist, ist nicht festzustellen ²⁾. Aber das Bedeutungsvolle der Neuerung für das Schicksal der römischen Schuldübertragung ist nicht zu bezweifeln. Denn da das Wesen der Zahlung nicht darin besteht, dass der Schuldner leistet,

¹⁾ S. darüber meine obigen Ausführungen, insbesondere S. 24 f.

²⁾ Vgl. Karlowa Röm. Rechtsgeschichte II, 2 S. 815.

sondern darin, dass der Gläubiger hat, was er durch die Obligation bekommen sollte, so muss die Leistung durch dritte in der tilgenden Kraft von vornherein der Leistung des Schuldners gleich gestanden haben. Damit aber wurde der Passivnovation, wie oben gezeigt worden ist, ihre wichtigste Aufgabe entzogen.

Fortan stand die Schuldübertragung hinter der Forderungsübertragung in ihrer Bedeutung für das Rechtsleben in dem Masse zurück wie sie es heute thut. Novation und Defension dienten nach wie vor zu ihrer Ausführung; aber das Wertverhältnis zwischen beiden drehte sich um. Ehedem, als der Schuldübernehmer noch die Schuld auf sich übertragen musste um sie zahlen zu können, hatte naturgemäss die Novation vorgeherrscht. Nunmehr fand die Schuldübertragung ihre Hauptanwendung in den Fällen, wo der Schuldübernehmer nicht durch Erfüllung der Schuld seiner Pflicht nachkommen wollte, also einen anderen Weg suchen musste um den Urschuldner vor der Klage des Gläubigers sicher zu stellen. Dafür aber war die defensio das geeignetere Mittel schon deshalb, weil sie dem Übernehmer gestattete, ruhig abzuwarten, ob der Gläubiger klagen werde. Sie hatte aber ausserdem vor der Novation den grossen Vorzug, dass sie dem Gläubiger gegenüber erzwungen werden konnte, und was den letzteren betrifft, so hatte er regelmässig sicher keinen Grund darauf zu dringen, dass der Übernehmer novire. Damit ist denn auch erklärt, warum die Römer dem Schuldübernehmer eine Pflicht zur Novation nicht, wohl aber eine Pflicht zur Defension auferlegt haben ¹⁾. Unbequem waren für den Übernehmer, wenn er die defensio wählte, nur die schon erwähnten Cautionen, von denen die dem Gläubiger im Prozesse zu stellende immer satisdatio sein musste (*nemo alienae rei defensor sine satisfactione* ²⁾). Doch durfte sich der Übernehmer sagen, dass ein Gläubiger, der zur Novation geneigt sei, auch die Prozesscaution erlassen werde, und umgekehrt. Es kam daher für ihn die Novation wohl nur dann in Frage, wenn die Fälligkeit

¹⁾ Erbschafts Kauf: C. 2 de her. vel act. vend. 4, 39; Universal-fideikommiss: Gaius II, 251; Erbschaftsteilung: L. 3 fam. erc. 10, 2.

²⁾ Gaius IV § 101, § 5 J. de satisdat. 4, 11.

der Schuld weit ausstand oder es sich um eine regelmässig wiederkehrende Schuld handelte und der Urschuldner das Geschäft, dessen Bestandteil die Schuldübernahme bildete, ohne Sicherheit der Befreiung nicht abschliessen wollte. Wenn trotzdem die Passivnovation in den Quellen eine verhältnissmässig reichliche Behandlung erfahren hat, so liegt das daran, dass die in einer solchen enthaltene Intercession Veranlassung zur Erörterung von Rechtsfragen complicirter Art bot. Auch wird die Zahl der auf eine Passivnovation zu beziehenden Stellen gegen bisher um ein bedeutendes vermindert, wenn, wie ich andernorts gefordert habe¹⁾, die von einer Delegation redenden Stellen als zur Aktivnovation gehörig ausgeschieden werden.

3) Die innere Geschichte.

Was uns bisher beschäftigt hat, war lediglich das äussere Leben der römischen Schuldübertragung, das Verhältnis, in dem sie zur Schuldübernahme stand, und das Verhältnis der beiden ihr dienenden Rechtsgeschäfte. Wichtiger aber und ungleich schwieriger ist die weitere Aufgabe, den inneren Bau der beiden Schuldübertragungsgeschäfte in demjenigen Zustande zu schildern, den Justinian uns überliefert hat, um demnächst prüfen zu können, was davon bei uns 1) noch Geltung haben kann, und 2) noch Geltung haben darf.

Schwierig ist diese Aufgabe deshalb, weil Justinian die Schuldübertragung in einer Entwicklung vorgefunden hat, deren letzte Consequenzen zu ziehen, er entweder nicht verstanden oder aber, und das scheint mir fast wahrscheinlicher, nicht der Mühe für wert gehalten hat. Zwar hat er, wie wir sehen werden, mit einem energischen Griff die Grenze zwischen privativer und cumulativer Neustipulation hergestellt. Aber seiner Novation haften die Rudimente der verschiedensten Entwicklungsperioden in solchem Masse an, dass man nur mit Hilfe von Hypothesen sich ein notdürftiges Bild von dem zu Justinian's Zeiten gangbaren Institute machen kann. Und was für die Novation gilt, trifft für die Defension nicht minder zu.

¹⁾ Oben S. 26 ff.

Nur hat man der letzteren bisher, soweit ihre Gestaltung im Rechte Justinian's in Frage kommt, eine recht geringe Beachtung geschenkt. Andernfalls würde man haben bemerken müssen, dass gerade in ihr die Elemente unsrer heutigen befreienden Schuldübertragung sich sämtlich vorfinden, so dass es nur einer Abstreifung des spezifisch-römischen Gewandes bedarf, um den Kern für uns verwerten zu können.

Die *defensio* hatte, als sie von Justinian codifiziert wurde, eine lange Entwicklungsgeschichte hinter sich. Über die gegenseitige Abgrenzung von *Cognitur* und *Prokuratur* zu handeln, ist hier nicht der Ort. Mir genügt, dass in Rom zur Zeit des Formularprozesses, vielleicht in begrenztem Umfange auch schon früher, die Stellvertretung im Prozesse möglich wurde für den Beklagten wie für den Kläger. Und zwar, sofern der Vertreter in *rem suam* auftrat, mit der Wirkung, dass die *actio iudicati* für und gegen ihn gegeben wurde. Vollzogen war der Eintritt des neuen Gläubigers oder Schuldners mit der *Litiskontestation*, welche die alte Obligation konsumierte und eine neue *obligatio iudicium solvi* unter den *litem* contestierenden Parteien an die Stelle setzte. Mit der *Litiskontestation* war der Vertreter zur Partei geworden.

Anders war das Wesen der Justinianeischen *Litiskontestation*. Sie war vollzogen, wenn Kläger und Beklagter zum ersten Male *contradiktorisch* zur Sache vor dem Richter verhandelt hatten ¹⁾. Ob aber die verhandelnden Personen wirklich Kläger und Beklagter, ob sie nicht blosse Prozessvertreter waren, das musste sich aus anderen Umständen, insbesondere den Vorverhandlungen ergeben. Die *Litiskontestation* gab den Vor^{er}abredungen nur einen von verschiedenen Rechtsfolgen ²⁾ begleiteten Abschluss, sie hatte nicht mehr constitutive sondern nur noch deklaratorische Bedeutung. Der Übertragung der Schuld gehen ausserhalb des Prozesses sich abspielende Verhandlungen zwischen Übernehmer und Gläubiger voraus. Das beweist die in mehrfacher Hinsicht für uns hochwichtige *C. 2 de pactis*:

„*Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra*

¹⁾ Bethmann-Hollweg, römischer Civilprozess VI S. 258.

²⁾ Ebenda S. 260.

emptores actiones suas movisse probare potueris eosque eas spontanea suscepisse voluntate, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis“.

Der Erbe hat die Erbschaft verkauft, der Käufer die Schulden der Erbschaft übernommen. Nun klagt ein Erbschaftsgläubiger, aber nicht gegen den Erben, sondern gegen den Käufer. Interessant genug! Denn, was veranlasst den Gläubiger zu einem solchen Verfahren? Die irrige Meinung, dass der Käufer Erbe sei, kann es nicht sein, da sonst unmöglich in der Klageerhebung die Äusserung eines Vertragswillens gefunden werden könnte. Auch eine etwa von dritter Seite über den Abschluss des Erbschaftskaufes zugegangene Nachricht kann unmöglich genügt haben, um den Gläubiger zur Erhebung einer Klage in's Blaue hinein zu veranlassen. Es bleibt nur die Annahme möglich, dass der Gläubiger durch einen der beiden Contrahenten vom Abschluss des Kaufes benachrichtigt war, und zwar wird diese Annahme noch dahin zuzuspitzen sein, dass der Erbschaftskäufer dem Gläubiger die Übernahme der Schuld gemeldet hatte. Denn nur so hatte der Gläubiger genügende Sicherheit dafür, dass er mit seiner Klage keinen Luftstoss mache. Die Behauptung, dass im byzantinischen Rechte derartige Benachrichtigungen des oder der Gläubiger von abgeschlossenen Schuldübernahme-Verträgen regelmässig vorgenommen worden seien, will mir nicht zu kühn erscheinen. Ohne eine derartige Gepflogenheit würde die defensio im Cognitionsprozesse geradezu unmöglich geworden sein. Oder sollte der Gläubiger das Klaglibell erst dem Urschuldner insinuieren lassen, dieser es dem Übernehmer zusenden, der Übernehmer dann die Klage beantworten und der Gläubiger, der doch noch gar nicht wusste, ob der Übernehmer einen genügenden Bürgen ¹⁾ stellen und damit die Prozessübernahme erwirken würde, einen Termin zur contradictorischen Verhandlung und damit zur Litiskontestation mit dem Übernehmer erbitten? Oder aber ging das ganze einleitende schriftliche Verfahren zwischen Gläubiger und Urschuldner vor sich, so dass der Übernehmer erst im Verhandlungstermine auftrat? Wie aber, wenn nun die von ihm ge-

¹⁾ Vgl. § 5 J. de satisdat. 4, 11; Bethmann-Hollweg S. 261.

stellte Bürgschaft nicht für genügend befunden wurde? Dann war entweder der Kläger unnütz erschienen oder der Beklagte dem Contumazialverfahren ausgesetzt; sollte diese Eventualität vermieden werden, so musste also der beklagte Urschuldner mit dem Übernehmer im Termine erscheinen. Diese wie jene mögliche Regelung der Frage will mir schwerfällig, und, weil sie durch ein anderweites Verfahren zu vermeiden war, unwahrscheinlich erscheinen. Der Verlauf der Sache wurde wesentlich vereinfacht, wenn der Schuldübernehmer nach geschehener Übernahme dem Gläubiger mitteilte, dass er für die Schuld aufkomme. Jetzt wusste der Gläubiger wo er um Befriedigung anzufragen, wohin er nötigenfalls seine Klage zu richten habe. Wich der Übernehmer der letzteren dennoch aus, indem er den Mangel der Passivlegitimation vorschützte, so machte er sich dem Gläubiger aus dem Dolus verantwortlich für allen Schaden. Möglich auch, ja wahrscheinlich, dass der Schuldübernehmer schon zugleich mit jener Benachrichtigung den für den Fall der Defension benötigten Bürgen dem Gläubiger stellte. — Ein Beispiel dieses Benachrichtigungsverfahrens bietet uns also die C. 2 cit. Interessanter und wichtiger noch ist ihr dogmatischer Gehalt.

Eine „exceptio pacti“ erhält der Erbe, wenn er nachweisen kann, dass der klagende Erbschaftsgläubiger den Käufer der Erbschaft auf Zahlung der eingeklagten Schuld belangt und zur Annahme des *judicium* bewogen hatte. Die Stelle ist äusserlich betrachtet nur eine erweiterte Anwendung der C. 4 eodem: „Postquam liti de praedio motae renuntiasti, causam finitam instaurari posse nulla ratio permittit“; wie diese ist sie dadurch veranlasst worden, dass der byzantinische Prozess die rechtskonsumierende Wirkung aus der Litiskontestation hinaus- in das Urteil hineinverlegt, die *exceptio rei in iudicium deductae* beseitigt hatte ¹⁾. Das ermöglichte dem Gläubiger die Zurücknahme und abermalige Anstellung der Klage und machte die vorbeschriebene Hülfe für den Schuldner nötig. Der Weg aber den die C. 2 cit. einschlägt, ist ein höchst auffallender! Gläubiger und Schuldübernehmer schliessen nach ihr durch die Litiskontestation — denn diese soll durch das

¹⁾ Bethmann-Hollweg, Römischer Civilprozess III S. 260.

„actionem movere“ und „suscipere“ der Parteien in der Codexstelle beschrieben werden — einen Vertrag, laut dessen der Urschuldner aus der eingeklagten Schuld nicht mehr in Anspruch genommen werden soll, d. h. sie schliessen ein pactum de non petendo zu Gunsten des Urschuldners. Und der Urschuldner erlangt aus diesem Vertrage die exceptio pacti! Hieran ist zunächst bemerkenswert die Interpretirung der Litiscontestatio, die deutlich zeigt, dass diese sich aus einem abstrakten Vertrage in einen materiellen verwandelt hatte wie sie durch den Cognitions-Prozess auch zum formlosen Geschäfte verflüchtigt worden war. Bei der Novation werden wir einen ganz analogen Vorgang beobachten.

Das Wichtigste für uns in jener Codexstelle ist die Verleihung der exceptio pacti aus dem vom Gläubiger und Übernehmer geschlossenen Vertrage an den Urschuldner. Denn das bedeutet nichts geringeres als die Möglichkeit einer Aufhebung der Obligation durch ein formloses pactum zwischen dem Gläubiger und dem Schuldübernehmer. Es ist selbstverständlich, dass die C. 2 cit. dem Auge unsrer Juristen nicht entgangen ist ¹⁾. Man hat sie aber als eine Singularität, als einen im römischen Rechte zu weiterer Entwicklung nicht gelangten Keim angesehen. Die Entscheidung der Constitution in ihrer Anwendbarkeit etwa auf den Erbschafts Kauf beschränken zu wollen, scheint mir nicht angängig. Dem widersetzt sich die Titelüberschrift, die nicht „De hereditate vel actione vendita“, sondern „De pactis“ heisst; es widerspricht dem aber auch der der Stelle zu Grunde liegende gesetzgeberische Gedanke, der keineswegs nur auf den Erbschafts Kauf sondern auf alle Fälle der Schuldübernahme passt. Denn in allen diesen Fällen würde, wenn nicht jene Constitution einen Riegel vorgeschoben hätte, der Gläubiger, der den Schuldübernehmer belangt, dann aber die Klage infolge eines Vergleiches oder aus sonstigen Gründen zurückgezogen hatte, den Urschuldner immer noch haben angreifen können, welcher letzterer dann natürlich — und das ist der springende

¹⁾ Vgl. Regelsberger in Endemanns's Handbuch II S. 534 Anm. 22.

Punkt bei der Sache! — gegen den Übernehmer Regress genommen hätte.

Vollends erscheint die C. 2 cit. in anderem Lichte, wenn man folgendes bedenkt. Dass jeder dritte den Schuldner durch Novation und Defension befreien könne, war uralter Satz; als die Erfüllung der Obligation ipso-jure-tilgende Kraft erhielt, wurde die Befreiung durch dritte auch auf diesem Wege möglich; dem reihte sich die Hingabe an Erfüllungsstatt an — es gab also eine ganze Reihe von Wegen auf denen dem Schuldner die Befreiung durch Dritte im Widerspruche zu sonstigen römischen Anschauungen erwirkt wurde. Ja, in L. 91 de solut. 46, 3 giebt Paullus an, wie man durch Fingirung einer Novation einem zu Gunsten des Schuldners geschlossenen Erlassvertrage die gewünschte befreiende Wirkung beilegen könne. Ist es von da noch ein so weiter Schritt bis zur Erstreckung der exceptio pacti de non petendo auf den Schuldner, zu dessen Gunsten das pactum geschlossen wurde? Ist es denn etwas anderes, wenn jeder dritte mich durch seine an meinen Gläubiger gerichtete Promission befreit, sofern er nur „animo novandi“ promittirt, wenn also der Erfolg seiner Promission für mich davon abhängt, ob die Vertragsabsicht mich zu befreien, dabei erkennbar hervorgetreten ist? — Kaum. Ich trage also kein Bedenken, in der C. 2 cit. das allgemeingültige Prinzip zu sehen, das ich eben formulirt habe.

Werfen wir nach alledem einen umfassenden Blick auf die Defension des Justinianeischen Rechtes, so zeigt sich folgendes Bild: Die Defension ist Übertragung der eingeklagten Schuld auf den Übernehmer durch zwischen diesem und dem klagenden Gläubiger geschlossenen, formlosen Vertrag, dessen Bedingung auf Vollziehung der Litiskontestation zwischen den Vertragsschliessenden gestellt ist. Der Defensions-Vertrag befreit den Urschuldner, indem er ihm die exceptio pacti de non petendo verschafft. Die Schuld geht auf den Übernehmer in dem Zustande über, in welchem sie sich beim Urschuldner befand, d. h. mit allen Mängeln und Einreden fortbehaftet; dem Gläubiger bleiben die Pfandrechte¹⁾ und Konkursprivilegien²⁾

¹⁾ L. 13 § 4 de pign. 20, 1; C. 8 eodem 8, 13.

²⁾ L. 29 de nov. et del. 46, 2.

erhalten, ebenso die Bürgschaften aus dem *constitutum* (und *receptum*), da diese nur solidarisch mit der Hauptschuld verbunden sind; Correalbürgschaften gingen bis zu Justinian, zwar nicht infolge der Schuldübertragung aber infolge des gegen den Neuschuldner ergangenen Urteils, dem Gläubiger verloren; seit C. 28 de fidei 8, 40 erhalten sich auch diese Bürgschaften bis zur Erfüllung durch den Neuschuldner.

Es fehlt kein Zug desjenigen Idealbildes, das wir uns heute von der Schuldübertragung zu machen pflegen. Nur fehlt unserem Prozesse die *defensio* und also die Möglichkeit mit der Beklagtenrolle die eingeklagte Schuld selbst zu übernehmen. Dennoch ist für uns die gerechte Würdigung der römischen Übertragung eingeklagter Schulden von hoher Wichtigkeit. Sie allein giebt uns die Möglichkeit zu urteilen, ob wir uns mit unsrer heutigen Schuldübertragung in einen Widerspruch zu römischen Grundanschauungen versetzt haben. Sie giebt uns aber auch einen freieren Standpunkt gegenüber der römischen *Passivnovation*; denn sie lässt uns in scheinbaren Abnormitäten dieser Schwester der *Defension* die Spuren desselben Entwicklungsganges erkennen, den wir bei der *Defension* soeben beobachtet haben.

Das Gesetzbuch Justinian's hat uns die *Defension* als einen formlosen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldübernehmer gezeigt, der zu gleicher Zeit die Übertragung der Schuld auf den Übernehmer und die Befreiung des Urschuldners herbeiführt. Die *Passivnovation* soll nunmehr als ein in seiner letzten Entwicklungsphase dieser *Defension* nahezu homogenes Institut nachgewiesen werden.

Auf eine Definirung der *Novation* verzichte ich; sie ist, wie ich glaube, unmöglich. „Aufhebung und Begründung einer Obligation“ sagt gar nichts; setze ich mit Windscheid¹⁾: „Aufhebung durch Begründung“ so sage ich etwas falsches, denn bei Justinian geschieht die Aufhebung der alten Obligation nicht mehr durch „Consumption“, sondern durch einen neben dem Begründungswillen hergehenden Aufhebungs-

¹⁾ Pandekten (Aufl. VII) Bd. II, § 353 S. 309.

willen, der sich nur mit jenem gegenseitig bedingt; zudem ist auch jene Definition zu unbestimmt, es fehlt in ihr die Beziehung zwischen den beiden Obligationen; suche ich aber diese durch „idem debitum“ oder „eadem causa“ zu geben, so mache ich wieder einen Fehler; denn die Aktivnovation Justinians weiss nichts von jenen beiden Begriffselementen.

Die Novation lässt sich nicht definiren, sie muss analysirt werden. Man hat bis in die neueste Zeit hinein den an anderen Stellen mit so grossem Erfolge verwendeten Gedanken, dass ein jedes Rechtsgebilde eine im Einklange mit dem Wechsel der juristischen Grundanschauungen stehende Entwicklung durchzumachen habe, im erforderlichen Umfange auch für die Novation fruchtbar zu machen, unterlassen. Der Versuch einer Besserung, den Salpius' ausgezeichnetes Werk machte, hat den gewünschten Erfolg gerade in diesem wichtigsten Punkte nicht gehabt, man hat sich mit dem Nachweis begnügt, dass Salpius in seinen Resultaten vielfach gefehlt habe — die Methode dieses Schriftstellers zur Erzielung besserer Ergebnisse zu verwenden, hat man unterlassen. Erst in neuester Zeit hat eine Arbeit von Merkel¹⁾ an Salpius angeknüpft und zugleich eine Korrektur der von jenem Schriftsteller begangenen Fehler mit Glück versucht. Merkel hat mit Recht energisch betont, dass eine Feststellung des Novationsbegriffes unmöglich sei, wenn man dabei nicht beständig die 1000jährige Entwicklung des Institutes vor Augen habe und sich dessen bewusst sei, dass der Begriff in eine jede neue Entwicklungsperiode die Rudimente der alten mit hinüber genommen habe. Merkel hat auch ganz richtig gesehen, dass das Centrum dieser Entwicklung das Verhältnis der Novation zur causa der beiden in Betracht kommenden Obligationen ist²⁾. Er hat aber übersehen, dass dadurch eine Lostrennung der Aktivnovation vom Novationsbegriffe bedingt wurde, und er hat ausserdem nicht gewürdigt, dass in dem Constitut der Novation eine prätorische Konkurrenz erstanden war, die auf die letzte Gestaltung der Novation von entscheidendem Einflusse sein musste.

¹⁾ Der römisch-rechtliche Begriff der novatio. Strassburger Dissertation 1892.

²⁾ Siehe beispielsweise S. 88.

Jeder Aufschluss, der über die Urgestaltung der Novation zu geben ist, kann nur hypothetischer Natur sein; das älteste uns erhaltene Novationsformular, die *stipulatio Aquiliana*, und die älteste beschreibende Darstellung des Institutes bei Gaius zeigen dasselbe bereits im Flusse der Entwicklung befindlich. Aber für eine Rekonstruktion der alten Novation bietet die engverwandte und conservativere Litiskontestation nicht zu unterschätzende Anhaltspunkte. Und bei der Einfachheit des Rechtsmechanismus der ersten Epoche dürfen die bei den anderen gleichzeitigen Rechtsbildungen sich bethätigenden Rechtsanschauungen unbedenklich auch in der Novation als wirkend vorausgesetzt werden. So hat denn Merkel, wie ich glaube durchaus mit Recht, die älteste Novation von der Form beherrscht dargestellt. Sie ist formal und abstrakt. Formal; denn, sobald die bestimmten novatorischen Stipulationsworte gesprochen sind, tritt die ihnen innewohnende Kraft in Wirksamkeit ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien — abstrakt, d. h. die materielle causa des Rechtsgeschäftes äusserte auf die Gültigkeit desselben keinen Einfluss ¹⁾. Die Entwicklung der Novation bedeutet das allmähliche Aufgeben dieses Charakters gegenüber den prätorischen Gedanken der Freiheit des Parteiwillens und der Bedingtheit des Rechtes durch die materielle causa.

Gaius Institutionen zeigen uns das Bild der alten, formenstrengen Novation zwar nicht mehr unverfälscht aber doch deutlich erkennbar.

Vom *animus novandi* weiss Gaius noch nichts, ebenso wenig von einer *actio restitutoria* zur Herstellung der entgegen dem Parteiwillen untergegangenen Obligation. Andererseits aber zeigt Gaius in der Behandlung der Frage, wann eine bedingte Stipulation novirt, ein gewisses Entgegenkommen gegenüber dem Parteiwillen ²⁾. Was den Inhalt der Novationsstipulation zu Gaius' Zeiten betrifft, so herrscht auch da das formale Element vor. Der Promittent verspricht *quod debetur*, d. h.

¹⁾ Das ist eine notwendige Folge des formalen Charakters des Geschäftes, während, wie wir sehen werden, das abstrakte Rechtsgeschäft nicht formal zu sein braucht.

²⁾ Vgl. Merkel S. 40.

es muss der Gegenstand der alten Obligation direkt oder indirekt in die neue Obligation aufgenommen werden. *Aliquid novi* wird rein äusserlich gedacht; die neue Stipulation soll es enthalten, nicht die neue Obligation ¹⁾. (Gaius III, 177.)

Verfall der Formen und Hand in Hand damit Zunehmen der Bedeutung des Parteiwillens für den Erfolg des Rechtsgeschäftes, Andringen der materiellen causa gegen die Stipulation als ein abstrakt-rechtserzeugendes Geschäft und als unvermeidliche Folge davon die Loslösung der Activnovation vom Begriffe — das sind die auf die Fortentwicklung der Stipulationsnovation wirkenden Thatsachen in der durch vier Jahrhunderte sich hinziehenden Epoche von Gaius bis Justinian.

Zuerst wurde das Formale abgestreift — der *animus novandi* hielt seinen Einzug. Dass dieser nicht dem ältesten, durchaus unter der Herrschaft der Form stehenden Rechte angehört, dürfte nach den Untersuchungen von Salpius, Karlowa und Merkel doch nun endlich als erwiesen gelten. Wie sollte denn ein Recht den Parteiwillen haben gelten lassen, das, sofern nur die rechtsconsumierende Novationsformel von einer dazu befähigten Person ausgesprochen war, die alte Obligation untergehen liess, obwohl eine neue nicht zur Ent-

¹⁾ Bemerken will ich, dass ich die auch von Merkel (S. 59) wieder vertretene Ansicht, wonach „*aliquid novi*“ nur bei Novirung einer Stipulationsobligation gefordert worden sei, nicht teile. Sich darauf zu berufen, dass Gaius III, 177 nur für eine „*posterior stipulatio*“ das novum verlange, geht nicht an; denn wäre es schon an sich auffällig, wenn Gaius einen so wichtigen Unterschied derartig verschleiert hätte, so erscheint die Bezeichnung der *stipulatio* als einer *posterior* vollends irrelevant, wenn man beachtet, dass Gaius schon bei Schilderung der *Passivnovation* (III, 176) von *posterior stipulatio* redet. Und man vergesse doch auch nicht Ulpian's Ausspruch: „*novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione*“ (L. 1 de nov. et del.), wenn man einmal auf derartige Bemerkungen römischer Juristen Wert legen will. Eine ganz andere Frage ist aber, ob Gaius in III, 177 eine erschöpfende Darstellung der möglichen nova geben will — was mir bei seiner Ausdrucksweise geradezu ausgeschlossen erscheint — und ob er es nicht mit Rücksicht auf die kurz zuvor in III, 170 geschehene Erwähnung unterlassen hat nochmals ausdrücklich zu sagen, dass auch schon ein genügendes novum in der Stipulation liege, wenn die alte Obligation nicht aus einer Stipulation herrührte.

stehung kam? (Gaius III, 176 ¹.) Und in welcher Form erscheint doch zuerst der *animus novandi*! Er wird präsumirt; behauptet und bewiesen werden muss also der *animus non novandi*. Kann sich denn deutlicher ausprägen, dass der Parteiwille sich in Oppositionsstellung gegenüber einem älteren, formalen Rechte befindet?

Nicht das Aussprechen der bestimmten novatorischen Stipulationsformel tilgt fortan die in *stipulationem* deduzirte Obligation, sondern die auf Aufhebung zielende Abrede der Parteien. Ist nicht „*id actum, ut novetur*“, so bleibt die alte Obligation bestehen und die neue tritt solidarisch neben sie, „*cum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituentur*“ (L. 3 de duobus reis 45, 2); die Stipulations-Novation ist fortan *stipulatio debiti novationis causa* — Begründung unter Abrede der Aufhebung, nicht mehr „Aufhebung durch Begründung“. Für die terminologische Bedeutung von „*novatio*“ ergab sich daraus die wichtige Folge, dass *novatio* ganz vorwiegend für die Aufhebungsthatsache zu gelten begann; wodurch es möglich wurde, einerseits die Aktivnovation, obgleich sie mit der Legaldefinition „*prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio*“ nicht in Einklang stand, dennoch fernerhin dem Novationsbegriffe zu subsumiren und andererseits den Novationsnamen auch auf das *constitutum debiti* mit Aufhebungsberedung zu übertragen.

Dies die aufhebende Seite der Stipulationsnovation. Was die begründende Seite derselben betrifft, so liess auch hier die in dem Wertverhältnisse von Wort und Wille eingetretene Umkehrung das ursprüngliche Bild immer mehr verschwinden. Es ist bekannt, wieviel Kopfzerbrechen es unseren Schriftstellern gemacht hat, die Art des durch die beiden Elemente „*idem debitum*“ und „*aliquid novi*“ zwischen der alten und der neuen Obligation hergestellten Verhältnisses klarzulegen. Von dem „*novum*“ entwirft uns nun Justinian in der C. 8 de nov. et del. ein Bild, aus dem anschaulich erhellt, wie sehr seit Gaius die Auffassung sich verändert hatte. Für die Wandlung des Begriffes besonders kennzeichnend ist, dass auch, wenn mehr oder weniger von der geschuldeten Waaren-

¹) Zutreffend Merkel S. 33.

quantität versprochen wird, die neue Obligation noviren soll. Denn daraus erhellt, dass unter „idem debitum“ nicht mehr der Gegenstand der Stipulation sondern etwas anderes gedacht worden sein muss. Schon Ulpian's Definition „prioris debiti transfusio“ (L. 1 h. t.) deutet das an. Was ist Identität des debitum bei Justinian? Es ist Einheit der materiellen causa.

Was ich unter der materiellen causa der Obligation verstehe, habe ich in der Einleitung gesagt. Auch die aus der Novationsstipulation entspringende Obligation bildet das Tauschobjekt für eine von dem Gläubiger dieser Obligation gemachte Aufwendung, hat also eine materielle causa. Es fragt sich nur, worin diese Aufwendung des Gläubigers besteht und wohin sie gemacht wird. Denn darüber kann von vornherein kein Zweifel sein, dass ich auch in der einer anderen Person als mir gemachten Vermögenszuwendung die causa meiner Obligirung finden kann. Das ist beispielsweise der Fall bei allen accessorischen Verpflichtungen.

Auf die Frage nach der causa der novirenden Obligation wird man, wie Windscheid ¹⁾ richtig bemerkt, „keine einfache Antwort dürfen geben wollen“. Dennoch wird man nicht wie Windscheid darauf verzichten dürfen, eine bestimmte Antwort zu geben.

Es wird zu unterscheiden sein: 1) zwischen der Aktivnovation und den anderen Novationsfällen. Ich habe schon mehrfach betont ²⁾, dass der Schuldner, der auf Delegation seines Gläubigers einem neuen Gläubiger promittirt, damit eine Leistung des alten an den neuen Gläubiger vollzieht, für die dieser seinerseits jenem den Entgelt bietet, dass also die materielle causa der aktiv-novirenden Obligation in den Beziehungen der beiden Gläubiger liegt. Es werden aber 2) auch in den Fällen, in denen der Gläubiger der alten in die neue Obligation hinübertritt, zwei Möglichkeiten unterschieden werden müssen. Der Gedanke liegt nahe, die causa der neuen Obligation in der Aufhebung der alten zu sehen ³⁾. Für die Mehrzahl der Fälle aber wäre das fehlerhaft. Denn

¹⁾ Pandekten II § 354 Anm. 2.

²⁾ Vgl. z. B. die Einleitung S. 3.

³⁾ Vgl. Windscheid a a. O. Anm. 1 u. 2 und die dort citirten.

man erwäge: Wozu nehmen die Parteien die Novation vor? Um der Aufhebung willen? Durchaus nicht; denn wollten sie das, so brauchte der Schuldner ja nur zu erfüllen. Nein, sie wollten gerade das alte Creditverhältnis fortsetzen, nur irgend eine Veränderung an der Gestalt der Obligation vornehmen, die sie aber römischem Grundsatzes gemäss nur durch Aufhebung und Neubegründung erreichen können.

Es ist ein Trugschluss, dass hier die Neubegründung um der Aufhebung willen, *solvendi causa* geschehe. Wäre das der Fall, dann müsste die neue Obligation schlechthin gültig sein, sofern nur die gegen die alte Obligation vorhandene Einrede eine *naturalis obligatio* übrig lässt. L. ult. de SC. Maced. 14, 6 sagt aber das Gegenteil ¹⁾. Durchschlagend aber scheint mir folgende Überlegung. Habe ich ein *debitum stipulirt*, so hängt von der Existenz des *animus novandi* ab, ob die alte Obligation untergehen, nicht aber ob die neue bestehen soll. Besteht also die neue Obligation, ob unter Novationsberedung *promittirt* wurde oder nicht, so kann — das ist ein unabweisbarer Schluss — die neue Obligation ihre *causa* nicht in der Novation, d. h. der Aufhebung der alten Obligation haben. Worin sie aber in Wahrheit ihre *causa* hat, das habe ich eben schon gesagt: in der *causa* der alten Obligation.

Also nicht Neubegründung um der Aufhebung willen ist die Novation. Wohl aber Aufhebung um der Neubegründung willen; weshalb, wenn die neue Obligation nicht zustande kommt, dem Gläubiger die alte wiederhergestellt wird ²⁾. Das ist keineswegs, wie es zunächst scheinen möchte, eine *contradictio in adjecto*. Wir haben ein analoges Ergebnis, wenn zahlungshalber *cedirt* wird. Dann ist die *causa* der Gläubigerschaft des Cessionars die Zahlung, die *causa* der Obligation des Schuldners aber ist die Leistung, die er von dem alten Gläubiger empfangen hat.

Abgesehen von der Aktivnovation, ist also die *causa* der novirenden Obligation in der Regel die der novirten.

¹⁾ Vgl. oben S. 13.

²⁾ Es ist also nicht richtig, wenn Merkel S. 82 dies auf die Einheit der *causa* der beiden Obligationen zurückführen will.

Aber es giebt bestimmte Fälle, in denen die causa der neuen Obligation wirklich die Aufhebung der alten ist, wo nicht nur eine Umwandlung vorgenommen werden soll. Wenn eine Forderung durch eine schneller realisirbare, eine abstrakte, beglichen werden soll, so fungirt die neue Obligation an Erfüllungsstatt. Man könnte in solchem Falle von einer „eigenen“ Delegation reden wie heute vom eigenen Wechsel. Hierauf möchte ich diejenigen Stellen beziehen, in denen der solutionsähnliche Charakter der Novation von den Quellen betont wird ¹⁾.

Aber mir scheint, dass diese Fälle sehr leicht von den anderen zu unterscheiden sind. Es sind das diejenigen, in denen nicht *quod debetur*, sondern *centum, quae debentur*, versprochen werden ²⁾. Thue ich das letztere, so sage ich deutlich genug, dass ich 100 schulden will und diese 100 auf meine frühere Schuld gerechnet werden sollen, während ich bei Gebrauch der schlechthin relativen Formel gerade die Continuität des Verhältnisses zum Ausdruck bringe.

Damit ergibt sich zugleich mein Standpunkt in der Frage, inwieweit die Novation der *datio in solutum* zuzurechnen sei ³⁾.

Von der Frage, ob und welche materielle causa der neuen Obligation zu Grunde liege, streng zu scheiden ist die Frage, ob diese Obligation als eine materielle anzusehen sei, d. h. ob sie ihre materielle causa in ihren Thatbestand aufgenommen habe. Es ist hier zunächst daran zu erinnern, dass, wie ich in der Einleitung hervorhob, von der gänzlichen Ignorirung der causa bis zur Aufnahme in den Thatbestand des Rechtes ein mannigfach abgestufter Weg führt. Verleiht das Gesetz ein Gegenrecht in Gestalt der *condictio sine causa* oder *indebiti*,

¹⁾ Vgl. Merkel S. 92.

²⁾ Vgl. über die Gebräuchlichkeit dieser Formel oben S. 8.

³⁾ In dieser Frage scheint mir Merkel (S. 90 ff.) stark auf Abwege geraten zu sein. Denn entweder die neue Obligation hat ihre causa mit der alten gemeinsam — dann ist sie nicht *solutionis causa* da; oder aber die Novation ist Zahlung — dann hat die neue Obligation in der Erfüllung der alten ihre causa, nicht aber in der causa der alten Obligation.

so bleibt der Thatbestand des Erstrechtes dadurch unberührt, ja, er bleibt es selbst dann, wenn auf Grund des Gegenrechtes die Klage aus dem Erstrechte durch *exceptio doli* zurückweisbar wird. Habe ich zahlungshalber promittirt, so ist meine Obligation rechtsbeständig, auch wenn die zu erfüllende Obligation nicht existirte. Nach allgemeinen Grundsätzen kann der Erfolg einer Zahlung nur dann durch *condictio indebiti* rückgängig gemacht werden, wenn im Irrtum gezahlt wurde. Ist also eine gewisse Summe zahlungshalber unter Novationsberedung versprochen worden, so wird die *causa* niemals Thatbestand der neuen Obligation, diese ist stets abstrakt.

Nehme ich die alte *causa* in die neue Obligation mit hinüber, so ist an sich nicht abzusehen, warum die *causa* nicht den Thatbestand der neuen Obligation mit bilden helfen sollte, wie sie im Thatbestande der alten enthalten war. Es ist aber klar, dass dadurch die novirende Obligation zu einem Darlehen würde, wenn die novirte Darlehen war, zur Kaufobligacion, wenn die novirte aus einem Kaufe stammte. Wenn das der Fall ist, wozu dann noch eine Neubegründung? Warum nicht ein Zusatzvertrag?

Das eine darf als feststehend betrachtet werden, dass solange das Recht eine Umwandlung nur durch Neuschöpfung geschehen lässt, gerade aus der Abstraktheit des Stipulationsversprechens die Brauchbarkeit desselben zu Umwandlungszwecken sich ergeben musste. Nur durch ein abstraktes Versprechen konnte — so sonderbar das klingen mag — eine Obligation begründet werden, die ihre materielle *causa* mit einer anderen Obligation theilte.

Also eine abstrakte Obligation mit der *causa* der alten Obligation erzeugt normaler Weise die *stipulatio debiti*. Novatorisch wirkt dabei — um das nochmals hervorzuheben — nicht mehr wie früher die Stipulation selbst, sondern der mit ihr sich verbindende Aufhebungswille. Mit dieser Entwicklung musste notwendig in dem *constitutum debiti* der Stipulationsnovation ein prätorischer Konkurrent erstehen.

Das *constitutum debiti* darf geradezu als Prototyp desjenigen obligatorischen Vertrages gelten, der die *causa* einer bestehenden Obligation hinübernimmt in eine neue Obligation.

Die Obligation des Constituenten beruht auf selbständiger formeller causa, sie entsteht durch nudum pactum und wird geltend gemacht durch actio de pecunia constituta, gleichviel welcher Art die in Bezug genommene Obligation war. Aber diese Obligation giebt die materielle causa für die Obligatio ex constituto her, weshalb 1) die neue Obligation in ihrer Gültigkeit abhängig ist von der Existenz der alten zur Zeit der Errichtung des Constitutes ¹⁾ und 2) Erfüllung der einen der beiden Obligationen auch die andere aufhebt, „quoniam solutio ad utramque obligationem proficit ²⁾).

Dem Erfolge nach stehen also debiti stipulatio und constitutum durchaus gleich. Es fragt sich, ob, wenn zum Constituto der animus novandi hinzutritt, auch der Erfolg der Stipulationsnovation erreicht werden kann. Sind die Subjekte der alten und der neuen Obligation identisch, so wird durch Verbindung des constitutum mit einem pactum de non petendo in rem zweifellos ein der Novation ganz analoger Zustand geschaffen. Schwieriger liegt die Sache beim constitutum debiti alieni. Wenn der Erstschuldner nach geschehenem constitutum vom Gläubiger ein pactum de non petendo erwirkt, so ist zwar auch wieder das Resultat dasselbe. Aber es fehlt bei diesem Vorgange die gleichzeitige Entstehung und gegenseitige Bedingtheit der beiden Rechtswirkungen, worin gerade der praktische Vorzug der Stipulationsnovation liegt. Dieser gleichzustellen wäre das constitutum debiti alieni nur dann, wenn der neue Schuldner mit dem Constitutum die Aufhebung der alten Obligation verbinden könnte. Kann er das? Die Frage ist meines Wissens bisher noch nicht erörtert worden. Ich glaube sie bejahen zu dürfen, und zwar auf Grund dessen, was ich oben ³⁾ über das vom defensor zu Gunsten des Urschuldners geschlossene pactum de non petendo gesagt habe. Novation, Erfüllung meiner Schuld durch jeden dritten befreit mich, ebenso der Erlassvertrag, den der dritte zu meinen Gunsten schliesst, wenn dabei nur Novation fingirt wird, folglich, meine ich, auch der Erlassvertrag mit Fiktion der

¹⁾ L. 3 § 1 de pecun. const. 13, 5. Bruns, constitutum debiti (Zeitschrift für Rechtsgeschichte I) S. 74 ff.

²⁾ L. 18 § 3 h. t. Bruns S. 79.

³⁾ S. 55 ff.

Erfüllung — folglich befreit mich endlich auch das *pactum de non petendo*, das der Constituent zu meinen Gunsten abschliesst. Dass dieser Deduktion die Römer sich nicht verschlossen haben, das beweist uns gerade die oben des Näheren erörterte C. 2 de pactis 2, 3.

Wir haben also in dem *constitutum* ein prätorisches Seitenstück zur *stipulatio debiti*, das so gut wie diese dem Novationszwecke zu dienen geeignet war. Und dass es demgemäss benutzt worden sei, wie es konkurrierend mit der *stipulatio debiti* der Begründung solidarischer Obligationen diene, darf ohne weiteres vermutet werden. Nun findet es sich allerdings bei Justinian in dieser Funktion nirgends erwähnt. Aber gerade das ist höchst auffallend und drängt zu dem Schlusse, dass man das Novationszwecken dienende *Constitutum* wie sein civilrechtliches Vorbild „*novatio*“ genannt und Justinian beide schlecht und recht mit einander verschmolzen hat, wie er bekanntlich auch kein Bedenken trug, eine Reihe von Juristenaussprüchen, welche das Etiquett „*receptum*“ trugen auf das *Constitut* umzutaufen¹⁾. Dass ihm die Verschmelzung nicht völlig gelungen ist, sondern Reste eines früheren Dualismus noch mehrfach bemerkt werden können, nimmt uns nicht Wunder.

Bei aller inneren Verwandtschaft von *stipulatio debiti* und *constitutum* bildete die Form eine Grenze zwischen den beiden, die erst bei uns völlig verschwunden ist. Dass Justinian sich nicht entschloss aus der Stipulation ein *nudum pactum* zu machen, hinderte ihn, die eingetretene Vermischung von civiler und prätorischer Novation durch eine Verschmelzung zum Ende zu führen, wie es ihn gehindert hat, *fidejussio* und *constitutum* auch äusserlich mit einander zu vereinigen. Seitdem man sich gewöhnt hatte, den Stipulationsinhalt schriftlich zu fixiren, hatte das Aussprechen der Stipulationsformel die constitutive Bedeutung verloren, war zu einer Deklaration abgeschwächt, die nicht mehr darstellte wie das Punktum am Ende des Satzes. Aus der Form war eine leere Formalität geworden, die, weil sie nur in Gegenwart beider Parteien vor-

¹⁾ Vgl. C. 2 de pec. const. 4, 18; Lenel, Zeitschrift für Rechtsgeschichte XV S. 62.

genommen werden konnte, immer mehr als lästige Fessel empfunden wurde. Justinian zieht das Facit, indem er von ein „*subtilis immo magis supervacua observatio*“ mit Bezug auf das Aussprechen der Stipulationsworte redet und (C. 14 § 1 de contr. et comitt. stipul. 8, 37) den Vermerk in der Stipulationsurkunde, dass die Parteien bei Abfassung derselben anwesend gewesen seien, als genügend zur Begründung einer Präsumption erklärt, die nur „*manifestissimis probationibus*“ entkräftet werden könne. Damit war denn der Fiktion Thor und Thür geöffnet und auch der letzte Rest der Form, die Anwesenheit der Vertragsparteien — sofern man dabei überhaupt noch von einer Form reden will ¹⁾ — illusorisch gemacht. Illusorisch gemacht, aber nicht beseitigt — ein entschiedener Mangel an Konsequenz! Hinsichtlich des Versprechens von „100, die A als Kaufgeldrest zu fordern hat“ ergab sich das eigenartige Resultat, dass wenn der Vertrag unter Abwesenden geschlossen wurde, zweifellos *constitutum debiti* vorlag, dass aber, wenn in Gegenwart der Parteien *contrahirt* wurde, darin ebenso gut eine *stipulatio* wie ein *constitutum debiti* gesehen werden konnte. So kommt es, dass die beiden bei Justinian faktisch ganz zusammenfallen und dennoch *fidejussio* und *legitima novatio* dem Namen nach noch existiren, weil die Stipulation sich noch nicht ganz zu einer formlosen abstrakten Willenseinigung zweier Personen entwickelt hat.

Was ich bisher zu Gunsten des von mir behaupteten Dualismus von civiler und prätorischer Novation beigebracht habe, war lediglich Wahrscheinlichkeitsrechnung. Ein stringenter Beweis ist aber, wie ich schon andeutete, schwer zu führen, weil der Novationsname frühzeitig auf das *Constitutum* mit Tilgungseffekt übertragen worden war und bei Justinian beide Novationsformen bunt gemischt mit einander abgehandelt werden. Man wende nicht ein, dass eine derartige Übertragung einer civilrechtlichen Bezeichnung auf ein prätorisches Parallelinstitut ein Unding sei. Die rechtsaufhebende Kraft der *Litiscontestatio* beruhte beim *judicium quod imperio continetur* wie auch bei den *actiones in rem* und *in factum* lediglich auf

¹⁾ Merkel S. 47; Leonhard in der Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 26 S. 312.

der *exceptio rei in iudicium deductae* des Prätors ¹⁾. Dennoch bezeichnen die Römer die Litiskontestation schlechthin als *novatio* und in C. 3 § 2 de usur. rei jud. 7, 54 überträgt Justinian diese Auffassung sogar auf das Urteil ²⁾.

Es muss auffallen, dass der Gedanke an ein prätorisches Seitenstück zur Stipulationsnovation von unserer Wissenschaft so selten ernsthaft erwogen worden ist. Sollen denn die Römer trotz der riesigen Ausdehnung ihres Geschäftslebens immer nur in Präsenz der Parteien novirt haben? Und das, obwohl sie durch das *constitutum possessorium* (man beachte die Analogie!) die Eigentumsübertragung, also einen in die Rechtsverhältnisse dritter Personen so tief eingreifenden Vorgang, längst von den Fesseln befreit hatten?

So nahe diese Beobachtung liegt, sind die Schriftsteller, die sich ex professo mit der Novation beschäftigten, an dem *Constitut* doch zumeist vorübergegangen. Kuntze ³⁾, bei dem sich die erste Erwähnung der prätorischen Novation findet, hat sich durch L. 10 de pec. const. 13, 5 verführen lassen, dem *Constitut* formell-consumierende Wirkung beizulegen und damit zu einer weiteren Ausbeutung der richtigen Seite seines Gedankenganges selbst den Weg verbaut. Das zeigt sich in Bruns' von mir mehrfach citirter Schrift; dort wird Kuntze widerlegt ⁴⁾, auch richtig bemerkt, dass das *Constitutum* in Verbindung mit dem *pactum de non petendo* zu Novationszwecken zu dienen geeignet war, aber der Gedanke an eine prätorische Novation weit von der Hand gewiesen.

Die von mir vertretenen Behauptungen finden sich in ihren Grundzügen, soviel mir bewusst ist, nur in Leonhards ⁵⁾ Recension des Gide'schen Werkes. Die Natur seiner Arbeit, brachte es mit sich, dass Leonhard keine Antwort auf die Frage geben konnte, wo in den Quellen Spuren des Dualismus zwischen civiler und prätorischer Novation zu finden sein. Ich will versuchen ihn darin zu ergänzen. Es gilt also Stellen nachzuweisen, die sich nicht auf eine Stipula-

¹⁾ Keller-Wach, Römischer Civilprozess § 60 S. 303.

²⁾ Vgl. Kuntze, Obligation und Singularsuccession S. 200.

³⁾ a. a. O. S. 196.

⁴⁾ Bruns, *Constitutum* S. 79 ff.

⁵⁾ a. a. O.

tionsnovation, sondern nur auf eine novatio per constitutum beziehen können. Als solche betrachte ich zunächst die L. 8 § 5 de nov. et del. von Ulpian:

„Quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat: si autem non novandi hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberabitur“.

Darin ist deutlich genug ausgesprochen, dass, wenn der neue Schuldner nicht animo novandi verspricht, die neue Obligation solidarisch neben die alte treten solle. Mit jener Stelle steht in Einklang der Schlusssatz der L. 2 h. t.: „... dummodo sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur ut novetur obligatio; ceterum si non agatur duae erunt obligationes“. Darf man auch ohne Kühnheit in diesen Worten einen Zusatz der Compileren und zwar einen recht ungeschickten vermuten, da der animus novandi mit dem, was Ulpian im Anfange der Stelle verhandelt, schlechterdings gar nichts zu thun hat, so zeigt sie uns doch deutlich die Ansicht, die Justinian über die Wirkung eines accessorischen, d. h. ohne animus novandi abgegebenen Versprechens einer bestehenden Schuld hatte. Eine Solidar-Stipulation kennen wir nicht, die adpromissores erzeugten eine Correalverpflichtung. Wohl aber wissen wir, dass das constitutum debiti eine passive Solidarobligation erzeugte ¹⁾. Danach scheint mir der Schluss gerechtfertigt, dass in jenen Stellen das mit dem animus novandi verbundene Schuldversprechen nicht promissio sondern constitutum debiti gewesen sei. Von Interesse ist es mit den soeben citirten Stellen die L. 28 h. t. von Papinian zu vergleichen: „Fundum Cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor. si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio: secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. itaque si veus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio jure non tollitur, nec si litem actor ex prima contestetur“. Papinian sagt das gerade Gegenteil von dem was wir oben von Ulpian oder von dessen Compiler gehört haben. Papinian weiss nichts davon, dass, wenn zu einer Obligation

¹⁾ Vgl. Bruns, beispielsweise S. 99.

eine auf derselben materiellen causa beruhende Stipulation hinzutritt, die letztere wenn nicht novatorisch dann notwendig solidarisch wirkt. Nun ist ja möglich, dass in die L. 28 cit. wiederum der animus novandi hinein interpolirt ist; es würde aber eine solche Annahme den Vorwurf der Flüchtigkeit, der angesichts des Gegensatzes von L. 28 zu L. 8 § 5 cit. dem Compiler gemacht werden muss, noch wesentlich verschärfen. Will man sich zur Annahme einer Entstellung nicht entschliessen¹⁾, so muss man in der Stelle den Beweis sehen, dass zu Papinians Zeiten der animus novandi nicht das Kriterium zur Unterscheidung von novatorischen und accessorischen Stipulationen war und wird auf der Suche nach einem Gegensatz zum novatorischen Versprechen wiederum auf das Constitut geführt.

Ein sicheres Kriterium sehe ich in folgender Beobachtung: Kraft uralten Rechtssatzes tilgt die Stipulationsnovation ipso jure die in stipulationem deduzirte Schuld. Es müssen daher auch Pfandschuldner und Bürgen bei einer solchen ipso jure frei werden. In den civilen Novationsvertrag eine Klausel einfügen zu wollen, etwa des Inhaltes, dass sich die Novation nur auf die Hauptforderung nicht aber auf die Pfandrechte erstrecken solle, hätte geheissen, dass man noviren und doch nicht noviren wolle, war eine Unmöglichkeit. Anders lag die Sache beim Constitutum. Hier wirkte der animus novandi nur ope exceptionis, als pactum de non petendo. Es wurden also auch Bürgen wie Pfänder nur exceptionsweise frei, und, was noch wichtiger ist, es konnte dem pactum jeder beliebige Vorbehalt von seiten der Paciscenten eingefügt werden. Zwar, was den Bürgen betrifft, so gab man mit Rücksicht auf den Regress diesem die exceptio pacti selbst dann, wenn das pactum ausschliesslich auf die Person des Hauptschuldners gestellt worden war. (§ 4 J. de repl. 4, 14; L. 32 de pactis 2, 14.) Hinsichtlich der Pfandrechte aber sagt L. 5 quib. mod. pignus 20, 6 ausdrücklich: „Solvitur hypotheca etsi ab ea discedatur aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat: nisi si

¹⁾ Merkel S. 42 hält die L. 28 cit. für eine der unzweifelhaft ursprünglichen Stellen, die den animus novandi erwähnen.

quis dicat pactum interpositum esse ut a persona non petatur“.

Von den Corpusjuris-Stellen, die sich mit dem Schicksal des Pfandrechtes im Falle der Novation der Hauptforderung beschäftigen constatiren nun zwei die Zulässigkeit eines Paktums zwischen den Novationsparteien, wodurch das Pfandrecht auf die neue Obligation übertragen wird. Zwei andere lassen das Pfandrecht schlechthin untergehen, zeigen aber durch einen sehr auffallenden Zusatz deutlichst, dass sie nur von der civilen Novation im bewussten Gegensatze zur prätorischen Novation reden. Da ist zunächst L. 11 § 1 de pign. act. XIII, 7:

„Novata autem debiti actio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur“.

Das Pfandrecht erlischt durch Novation der Hauptforderung, wenn nicht abgemacht worden ist, dass das Pfandrecht von Neuem begründet werden sollte. Abgemacht von wem? Von den Novationsparteien; es scheint mir geradezu ausgeschlossen, dass Ulpian, wenn er auf Neubestellung des Pfandrechtes von seiten des Eigentümers hinaus wollte, gesagt hätte: *convenit* (Perfektum!), *ut repetatur*; denn in diesem Falle wäre das Entscheidende nicht die *conventio*, sondern die *repetitio* gewesen. Indem aber Ulpian sagt: „*nisi convenit*“ deutet er auf eine in das Novationsversprechen selbst aufgenommene Klausel. Klarer noch findet sich der Sinn obiger Stelle in der C. 1 p. etiam ob chirograph. pecun. 8, 26 ausgedrückt:

„Pignus intercidit, si novatione facta in alium jus obligationis transtulisti nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est“.

Soll sich hier etwa „*cautum est*“ auch auf einen Pfandvertrag zwischen Gläubiger und Eigentümer beziehen? Dass dem so sei, dafür beruft man sich ¹⁾ auf den folgenden §: „Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem suscepit, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris teneatur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem“. Da, sagt man, steht doch deutlich, dass es der Eigen-

¹⁾ Vgl. Münster, Singularsuccession in Schulden S. 91.

tümer des Grundstückes war, der die Schuld novirte und zugleich die Weiterhaftung des Pfandobjektes dem Gläubiger zusicherte! Die Sache liegt aber doch anders. Lassen wir zunächst einmal die Worte „*postea dominus fundi constitutus*“ heraus, so ergibt sich: Wenn du mit dem neuen Schuldner bei der Novation den Fortbestand des Pfandrechtes verabredet hast, so behältst du, auch wenn du auf Grund der persönlichen Forderung ein Urteil erwirkt hast, immer noch die Pfandklage. Warum interessirt das den *rescribirenden* Kaiser? Weil der Schuldner *postea dominus fundi constitutus est*, also Hauptschuld und Pfandschuld sich auf ihn concentrirt haben und der Kaiser, wie die Titelüberschrift und § 2 zeigen, darauf hinaus will darzuthun, dass in einem solchen Falle das Pfand nicht nur für die gesicherte Schuld sondern für alle zwischen Pfandschuldner und Gläubiger bestehenden Forderungen aufzukommen habe. Man vergesse doch nicht das „*postea*“; zu einem solchen gehört ein *prior*, und was soll denn als dem Eigentumserwerb vorausgegangen gedacht werden, wenn nicht die Begründung der persönlichen Schuld des späteren Eigentümers der Pfandsache?

Nun wird ferner für die Behauptung, dass zur Übertragung des Pfandes auf die neue Obligation eine neue Pfandbestellung durch den Eigentümer erforderlich sei vorgebracht L. 30 de nov. et del.:

„*Paulus respondit, si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset ita, ut a prima obligatione in universum discederetur, rursum easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse*“.

Aber man beachte an dieser Stelle: die Novation hat stattgefunden „*ita, ut a prima obligatione in universum discederetur*“, d. h. die alte Obligation mit allem was drum und dran hing, insbesondere auch den Pfandrechten, ist untergegangen. Nach geschehener Novation soll das Pfandrecht neu begründet werden; dass das nicht ohne Mitwirkung des Eigentümers geschehen kann ist selbstverständlich. Aber daraus, dass Paulus es ausdrücklich festzustellen für nötig hält, geht m. E. hervor, dass es eine Novationsart gab, bei der die Zustimmung des Pfandeigentümers zur Übertragung des Pfandrechtes auf die neue Obligation nicht nötig war, und das war die Novation,

bei der nicht in universum die frühere Obligation aufgeben, sondern der Übergang des Pfandrechtes auf die neue Obligation vorbehalten wurde, das war die novatio per constitutum.

Die „novatio ita facta, ut ab priori obligatione in universum discederetur“ aber heisst im Gegensatz zu jener dem prätorischen Rechte entstammenden Novation eine „novatio legitima“. „Novatione legitime facta“, sagt derselbe Paulus von dem die vorige Stelle herrührt, in der L. 18 eodem „liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt“. Paulus commentirt das Edikt. Sollte da die ganz ungewöhnliche Wendung „novatione legitime facta“ (sie findet sich, soviel ich übersehe, nur noch in der gleich zu erörternden C. 4 de fidej. 8, 40) nur eine rednerische Floskel sein? Für den, der wie ich das ausgeschlossen hält, erhebt sich die Frage, was Paulus mit der Apposition legitime facta hat sagen wollen. Danz ¹⁾ meint, er habe ein civilrechtlich patentirtes Novationsformular, dasjenige, bei dem das frühere debitum in seinem derzeitigen Umfange in relativer Fassung in die Neustipulation deducirt wurde, im Auge gehabt. Da bliebe indess zu beweisen, dass 1) dieses Formular das specificum des Civilrechtes gewesen sei ²⁾, 2) Paulus, zu dessen Zeit der Formenverfall fertige Thatsache war, in einem Formular noch etwas anderes gesehen habe als den Ausdruck des Parteiwillens, und 3) und vor allem, dass, sofern mit einem anderen Stipulationsformular novirt war, die Pfandrechte übergingen. Wie sollte denn in einer Novationsstipulation ein Pfandrecht übertragen werden? Danz behandelt die Stelle zu einseitig unter dem Gesichtspunkt des Weiterlaufes der Zinsen. Hätte er die Fortdauer des Pfandrechtes ernsthafter in Frage gezogen, so würde er wohl zu einem anderen Resultate gelangt sein. Novatio legitime facta ist, wie ich schon sagte, die aus dem Civilrechte stammende Stipulationsnovation, die im Gegensatz zu der prätorischen Constitutsnovation eine Übertragung des Pfandrechtes auf die neue Schuld nicht zulässt. Den vollen Beweis dafür

¹⁾ Forderungsüberweisung S. 64; Archiv f. civil. Praxis LXXIV S. 278 ff.

²⁾ Ich habe früher (oben I S. 8) das Gegenteil behauptet und nachzuweisen gesucht.

glaube ich der C. 4 de fidei. 8, 40 entnehmen zu dürfen, in der es heisst:

„Novatione legitime perfecta debiti in alium translati prioris contractus fideiussores vel mandatores liberatos non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt“.

Nach L. 60 de fidei. 46, 1 soll nämlich der fideiussor, wenn die Schuld genere novationis übertragen wird, aut jure aut exceptione frei werden. Nun geht aber bei einer Stipulationsnovation, einer novatio legitima, die Bürgschaftsobligation mit der Hauptobligation ohne allen Zweifel ipso jure unter; erwächst dem Bürgen aus der Novation nur eine exceptio, so kann das nur daher rühren, dass es neben jener civilen noch eine prätorische Novation gab, die, weil sie den Hauptschuldner ope exceptionis liberirte, auch auf die Bürgschaft einen weitergehenden Einfluss nicht äussern konnte. Woraus denn folgt, dass der Einrede des Bürgen gegenüber die replicatio, er habe auf seine Einrede verzichtet, zulässig sein musste. Wenn wir nun in der C. 4 cit. wiederum vernehmen, dass die novatio legitime perfecta die Bürgen ohne Zweifel frei mache, so halte ich es für durchaus gerechtfertigt, zu sagen: wir haben zwischen einer novatio legitima und einer prätorischen Novation zu unterscheiden.

Es sei endlich auf eine Erscheinung aufmerksam gemacht, in der m. E. eine Einwirkung des jüngeren prätorischen Institutes auf das ältere civile, die Neigung beide mit einander zu verschmelzen unverkennbar hervortritt. Ich meine die Bestimmung der L. 25 de probat. et praesumpt. 22, 3 über die Verteilung der Beweislast im Prozesse über eine Forderung aus novirender Stipulation. Aus der bekanntlich höchst strittigen und wahrscheinlich stark interpolirten Stelle lässt sich soviel wohl mit ziemlicher Sicherheit entnehmen, dass der Gläubiger, wenn er aus einer stipulatio debiti klagt, nur dann mit dem blossen Beweise, dass stipulirt sei, auskommen soll, wenn in der Stipulationsurkunde die causa speziell angegeben ist. Besagt dagegen die Stipulationsurkunde nur, dass ein debitum promittirt sei, so soll dem Schuldner nicht zugemutet werden, die Nichtexistenz des debitum zu beweisen, sondern der Gläubiger soll den positiven Beweis liefern, dass eine gültige causa existire, aus der die promittirte

Schuld sich herleite. Dass ist aber ganz diejenige Verteilung der Beweislast, die wir beim Constitut in Übung vermuten müssen. Die Klagformel des Constitutes lautete nach der, wie ich glaube, richtigen Rekonstruktion von Bruns ¹⁾: „Si paret, N^m A^o decem constituisse, eamque pecuniam debitam fuisse etc.“ Nun unterstand zwar das Constitut als bonae-fidei-Contrakt der freien Beweiswürdigung des Richters und es kann also in Hinsicht auf dasselbe, so lange der Formularprozess in Frage steht, von Beweisregeln nicht die Rede sein ²⁾. Wenn aber A^{us} constituirt hatte „decem, quae debeo“ so musste notwendig der Richter von ihm verlangen, dass er die ganze causa darlege, da es andernfalls unmöglich war zu prüfen, ob der Gegenstand des Constitutes wirklich geschuldet gewesen war. Lautete dagegen das Constitum auf decem, quae penes mensam meam habes, — quae ex empto debeo etc., so konnte der Richter, wenn der Beklagte nicht die Existenz einer derartigen causa leugnete, als bewiesen annehmen, dass wirklich die decem aus einer Schuld stammten ³⁾. Mussten nun, als im spätkaiserlichen Prozess feste Beweisregeln an die Stelle der freien Beweiswürdigung traten ⁴⁾, sich diese nicht ganz von selbst nach denjenigen Grundsätzen für das Constitut ausbilden, die schon im Formularprozess für den Richter aus der Natur der Sache sich ergaben, d. h. mussten nicht für das Constitut gerade diejenigen Beweisregeln gelten, die die L. 25 de prob. et praesumpt. für die cautio indiscreta aufstellt? Nun stehen die Bestimmungen der L. 25 cit. in offenem Widerspruch zu dem, was zahlreiche Juristenaussprüche über die Wirkung der Anfechtbarkeit der alten Obligation auf den Bestand der neuen besagen ⁵⁾, dass nämlich die dem Schuldner gegen die neue Obligation infolge Anfechtbarkeit der alten zu gebende exceptio doli sich auf die Behauptung gründe, dass per ignorantiam ein indebitum promittirt sei, woraus denn folgt, dass der Gläubiger seinerseits zunächst nur das Vorhandensein einer Stipulationsschuld zu behaupten und zu be-

¹⁾ S. 76. ²⁾ Bruns S. 77.

³⁾ Ähnlich stellt sich bekanntlich die Beweiswürdigung des Richters im heutigen Versäumnisverfahren.

⁴⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg, Civilprozess III S. 272.

⁵⁾ Vgl. oben S. 17.

weisen brauche und abwarten dürfe, ob der Schuldner seinerseits den Irrtum einwenden und beweisen werde. Die, wie schon hervorgehoben, höchstwahrscheinlich stark interpolirte L. 25 cit. weist also eine gegen früher erheblich vermehrte Bedeutung der causa für die stipulatio debiti auf. Ist die Vermutung abzuweisen, dass hier das Constitutum auf die stipulatio debiti eingewirkt hat?

Nach alledem ist Begriff und Wirkung der Justinianeischen Passivnovation wie folgt feststellen: Die Passivnovation ist befreiende Schuldübertragung, bewirkt durch einen zwischen dem neuen Schuldner und dem Gläubiger geschlossenen formlosen Vertrag, welcher die alte Obligation untergehen und eine neue auf der materiellen causa der alten beruhende Obligation unter den Vertragschliessenden entstehen lässt. Kommt die neue Obligation nicht zustande, so erhält der Gläubiger aus dem Novationsvertrage einen Anspruch auf Herstellung der alten Obligation, wie umgekehrt der Schuldner, wenn ihn die Novation nicht befreite, einen Anspruch auf Befreiung von der neuen Obligation hat. Dem Neuschuldner stehen die Einreden aus der alten Obligation zu; die Bürgen werden durch die Novation frei, die Pfandrechte gehen auf die neue Obligation über, sofern es von den Obligationsteilnehmern vereinbart worden ist. Dies ist in grossen Zügen die Charakteristik der Passivnovation. Auf weitere dogmatische Einzelheiten werde ich bei Betrachtung der heutigen Gestalt des Institutes eingehen.

Die Erörterung des Verhältnisses zwischen Novation und Succession soll diesen geschichtlichen Rückblick schliessen und hinüberleiten zur Darstellung des heutigen Rechtes.

Zwei „Begriffsfragen“ sind vorher zu beantworten: 1) Was ist Succession, was insbesondere Passivsuccession? 2) Widerstrebt die Succession dem römischen Begriffe der Obligation?

Succession ist Wechsel des Rechtssubjectes ohne Veränderung der Individualität des Rechtes. Wenn das Recht in subj. S. individualisirt wird durch seinen Thatbestand ¹⁾ und dieser zu bestimmen ist nach dem Begründungsakt ²⁾, so bleibt

¹⁾ Vgl. oben S. 24 ff.

²⁾ Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. I S. 177: Menzel in

trotz Wechsel eines Subjektes die Individualität des Rechtes erhalten, sofern der Begründungsakt der erste Faktor des Thatbestandes bleibt und der Akt des Eintrittes des neuen Subjektes nur für die Frage massgebend wird: wer steht in dem Rechte? Die Succession bedeutet also eine Rückziehung: die den Thatbestand des Rechtes bildenden Rechtsthatsachen gelten als wirkend nicht für den Antecessor, sondern für den Successor; folglich gilt der Eintritt des letzteren als geschehen nicht im Augenblicke der Succession, sondern im Augenblicke der Begründung des Rechtes.

Das ist der Begriff der Succession, wie ich ihn auffasse, und wie er in der Theorie mehr und mehr zur Herrschaft gelangt. Von einer Einigkeit in dieser Frage sind wir zum Schaden der Theorie noch weit entfernt; infolge der Unklarheit des vorausgesetzten Successionsbegriffes sind insbesondere die Arbeiten gescheitert, durch welche Salpius ¹⁾, Gide ²⁾, Danz ³⁾ die Successionswirkung der römischen Novation mit Personenwechsel nachzuweisen suchten ⁴⁾.

Zu der Frage, ob die Obligation eine Succession begrifflich zulasse, eingehend Stellung zu nehmen, ist hier nicht der Ort. Uns interessirt vor allem, ob die Römer eine Singularsuccession in die passive Seite der Obligation für unmöglich erklärt haben. Und dieser Frage ist in der Theorie eine schlechterdings nicht zu billigende Behandlung zu teil geworden.

Als vor vierzig Jahren Delbrück in seiner bekannten „Übernahme fremder Schulden“ zum ersten Male die Behauptung aufstellte, dass die deutsche Rechtspraxis in bewusster Ausserkurssetzung entgegenstehender römischer Rechtsgrundsätze wie die Singularsuccession in die For-

Grünhut's Zeitschrift Bd. XI S. 598; Neuner, Wesen und Art der Privatrechtsverhältnisse S. 73; Regelsberger, Pandekten I § 120 S. 443.

¹⁾ In dem mehrfach citirten Werke.

²⁾ Etudes sur le novation et le transport des créances.

³⁾ Dogmatische Jahrbücher Bd. 19; Forderungsüberweisung und Vorträge zu Gunsten dritter 1886; Civilistisches Archiv Bd. 74.

⁴⁾ Vgl. darüber die treffenden Ausführungen von Unger in den dogmatischen Jahrbüchern Bd. 22 S. 44 ff.; Menzel in Grünhut's Zeitschrift a. a. O.

derung, so auch die in die Schuld geschaffen habe, gab er damit das Mühlenbruch'sche Dogma von der Unmöglichkeit eines Wechsels der Obligationssubjekte noch nicht auf; er behauptete nur, das deutsche Recht habe „Forderung“ und „Schuld“ als sachenähnliche Vermögensgegenstände von der Obligation losgelöst und übertragbar gemacht. Seine Nachfolger dagegen griffen Mühlenbruch's Lehre in ihren Grundlagen an, behaupteten die begriffliche Möglichkeit einer Sondernachfolge in die aktive und passive Seite der Obligation und suchten zu beweisen, dass das deutsche Recht im Gegensatz zum römischen diese Möglichkeit verwirklicht habe. Seitdem brennt der Streit über der Frage, ob diese Abweichung von den ehrwürdigen Grundsätzen des römischen Rechtes „begrifflich“ zulässig sei oder nicht. Wer aber hat sich der Mühe unterzogen einmal zu prüfen, ob denn die Voraussetzung des Streites richtig sei, ob wirklich die Römer die Singularsuccession in die passive Seite der Obligation für unmöglich erklärt haben?

Zwar haben v. Salpius, Gide, Danz die Behauptung verfochten, dass die römische Passivnovation eine Succession gewesen sei; ihre Ausführungen basiren aber auf einer von der herrschenden Meinung abweichenden Vorstellung vom Wesen der Rechtsidentität und der Singularsuccession ¹⁾ und berühren deshalb nicht die Frage ob die Römer eine passive Singularsuccession in dem von unserer Doktrin adoptirten Sinne ²⁾ gekannt haben. Zwar hat, als der geschilderte Streit sich noch in seinen Anfängen befand, Windscheid in seiner Schrift über die actio (S. 202) die ganz richtige Beobachtung gemacht, dass die Römer eine, durch Richterspruch zu bewirkende, Singularsuccession in die Schuldnerstelle längst gekannt haben. Und es wäre viel unnötige Gedankenarbeit erspart worden, wenn man sich diese Thatsache nur recht fest eingeprägt hätte. Aber man warf die Passivsuccession mit der Aktivsuccession in einen Topf und verteidigte oder bekämpfte die erstere ja nach dem „prinzipiellen“ Standpunkt,

¹⁾ Vgl. die zutreffenden Ausführungen von Unger in Jhering's Jahrbüchern Bd. 22 S. 44 ff.

²⁾ Über den Begriff der Singularsuccession auch unten S. 89.

den man zu letzterer eingenommen hatte. Mühlenbruch hatte die Streitfrage so formulirt, ihm war hierin Delbrück, ihm sind die Neueren gefolgt. Wie aber steht es mit den Beweismitteln? Als Hauptbeweisstelle figurirt hie und drüben ¹⁾ der berühmte Ausspruch des Gaius II § 38, den ich der besseren Klarheit halber nochmals wiedergebe: „Obligationes“, sagt Gaius, „quoquo modo contractae nihil eorum (gemeint sind die Mittel Eigentum zu übertragen: *mancipatio*, *in jure cessio*, *traditio*) recipiunt, nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alios transferuntur, id efficere possum, sed opus est ut jubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur novatio obligationis“.

Als Salpius und Danz den Beweis unternahmen, dass den Römern die Singularsuccession in Obligation nicht fremd gewesen sei, haben sie denn auch ihren Hauptangriff gegen die herkömmliche Auslegung obigen Satzes gerichtet, indem sie darzulegen suchten, dass es sich in jener Stelle nicht um die Frage handle, ob sondern wie die Übertragung der Obligation möglich sei. Sie hätten sich, wenigstens was die Schuldübernahme anbetrifft, diese Mühe sparen können. Denn Gaius redet überall gar nicht von der Passivsuccession, was zur Genüge schon daraus hervorgehen sollte, dass er „als Surrogat der fehlenden Succession in die Obligation“ (so fasst die herrschende Meinung seine Absicht auf) lediglich die Aktivnovation empfiehlt.

Ebenso redet auch die von Gürgens angeführte L. 25 § 2 D. de usufr. 7, 1 nur von der Forderungsübertragung. Die gänzlich farblose und daher verwirrende Bezeichnung der Obligation als eines „Rechtsverhältnisses zwischen 2 Personen“ hat offenbar dazu geführt jenen Quellenaussprüchen eine ganz unzulässige Ausdehnung auf die passive Seite der Obligation zu geben. Viele Schriftsteller begnügen sich denn auch, nachdem sie die Unübertragbarkeit der Forderung bewiesen haben auch

¹⁾ Mühlenbruch S. 29. Gürgens „Jahrbücher für Dogmatik“ Bd. VIII S. 232.

die der Schuld einfach zu behaupten, als etwas, dass sich auf Grund des bisherigen Ergebnisses von selbst verstehen müsse ¹⁾).

Eine zweite Gruppe von Belegstellen sind wenn möglich noch weniger beweisend für jene Frage. Es gehören hierher die C. 25 de pactis 2, 3, C. 2 de H. v. a. v. 4, 39, C. 22 de don. 8, 53, L. 28 eodem 39, 5, L. 72 pr. de J. D. 23, 3. Sie alle sprechen nämlich nichts weiter aus als die für das römische Recht ebenso unbestrittene wie unbestreitbare Behauptung, dass aus dem zwischen Schuldner und Übernehmer geschlossenen Übernahmevertrage der Gläubiger keine Klage erhalte. Nicht besser steht es mit der von Gürgens wörtlich citirten, also für besonders beweiskräftig gehaltenen L. 7 C. de nov. 8, 42, in die man, wenn man sie allein nimmt, allenfalls einen entsprechenden Sinn hineinquälen könnte. Liest man sie aber mit der L. 6 eodem zusammen, so ergibt sich: „Nec creditoris creditori quisquam invitus delegari potest. Si solvere tibi pecuniam delegatus Eucarpus dare spondit vel debitum constituit, suo nomine conveniri potest. alioquin adversus eum experiri pro chirographario debitore frustra conaris“, d. h. es handelt sich wiederum nicht um die Passiv- sondern um die Aktivnovation und soll der bekannte Satz ausgesprochen werden, dass der neue Gläubiger nicht schon durch die Delegation i. e. S., sondern erst durch die Promission dem Schuldner gegenüber berechtigt werde.

Damit wäre die Zahl der Stellen erschöpft, welche man für die Behauptung, dass die Römer die Passivsuccession in Obligationen nicht gekannt hätten, vorgebracht hat!

Das negative Ergebnis dieser Prüfung rechtfertigt selbstverständlich noch nicht den Schluss, dass die Römer eine Singularsuccession in die Schuld gekannt hätten; es ist bisher nur soviel bewiesen, dass man mit dem Gläubigerwechsel nicht ohne weiteres zugleich den Schuldnerwechsel für unmöglich erklärt habe. Immerhin ist von da aus kein weiter Schritt bis zu der Erkenntnis, dass wir es nicht mit einem Zufall sondern mit einer bisher nicht beachteten Verschieden-

¹⁾ Vgl. Arndts „Pandekten“ § 254. Dernburg „Pandekten“ II § 47 Anm. 5. Kuntze a. a. O. S. 302 u. s. w.

heit der beiden Obligationsseiten zu thun haben. Ist, wie ich glaube, die mehrfach gehörte ¹⁾ Behauptung richtig, dass der wahre Grund der Unübertragbarkeit der obligatio in dem Prinzip der L. 11 de obl. et act. 44, 7:

„Quaecumque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum nostrum faciunt“

liege, dass also Zulässigkeit der Stellvertretung und Möglichkeit der Sondernachfolge im Obligationenverkehr sich gegenseitig bedingen, so wäre erklärt, warum die Römer die Unübertragbarkeit der Schuld nicht zugleich mit der Unübertragbarkeit der Forderung verkündet haben. Denn die L. 11 cit. passt nicht auf die Begründung der Obligation nach ihrer passiven Seite. Beweis: die actiones adjecticiae qualitatis. Lassen sich auch die älteren derselben (die actiones directae), wie Brinz ²⁾ gezeigt hat, nicht auf Stellvertretung zurückführen, so liegt eine solche doch den späteren (quod iussu, exercitoria, institoria utilis) zweifellos zu Grunde.

Mit der Aufstellung dieser Fälle cumulativen Schuldüberganges hat sich aber der Prätor nicht begnügt. Wo er dadurch seinen Zweck der Entlastung des einen und Belastung des anderen Vermögens nicht hinreichend verwirklicht sah, hat er sich nicht gescheut, einen privativen Schuldübergang zu statuiren. So vor allem bei Regelung der Rechtsstellung des Vormundes nach erlangter Volljährigkeit des Mündels ³⁾. Und hat etwa der Urheber des SC. Trebellianum so argumentirt: Es ist an der Zeit, dass wir den Universalfideicommissar zum Universalsuccessor machen; deshalb sollen von nun an Rechte und Pflichten des Erben mit Antritt des Fideicommisses auf den Fideicommissar übergehen? Oder hat man nicht vielmehr das praktische Bedürfnis empfunden, die Klagen für und wider den Erben auf den Fideicommissar zu übertragen und hat daraus erst die Theorie den neuen Fall der Universalsuccession construirt?

Ich werde auf diese und weitere Fälle passiver Singular-

¹⁾ Gürgens a. a. O. S. 234, Buchka, Stellvertretung, S. 3.

²⁾ Pandekten II § 258.

³⁾ Vgl. darüber Windscheid „Pandekten“ Bd. II § 442 Anm. 2.

succession im römischen Rechte noch zurückzukommen haben. Hier kam es mir nur auf den Nachweis an, dass die geschichtliche Voraussetzung, von der man in dem Streite um die Sondernachfolge in Schulden ausging, falsch ist, weil die Römer 1) nirgends die Unmöglichkeit einer Passivsuccession in die Obligation ausgesprochen 2) und Beispiele für die positive Möglichkeit einer solchen hinterlassen haben.

Dennoch ist die Passivnovation von den Römern nicht mit Successionswirkung ausgestattet worden. Die novirende Obligation ist nicht identisch mit der novirten; um die Existenz seines Rechtes zu beweisen, braucht der Gläubiger der neuen nicht auf die alte Obligation zurückzugreifen, da erstere auf einem ihr eigenen Thatbestande, einem abstrakten Versprechen beruht. Warum haben die Römer aus der Passivnovation nicht eine Passivsuccession gemacht, wenn letztere doch ihren Grundanschauungen nicht widerstrebte?

Zwei Gründe glaube ich aufzeigen zu können. Der Schuldübertragungszweck war nur einer der verschiedenen rechtsökonomischen Zwecke, denen die Novation diente. Die Rücksicht auf den einen Zweck verhinderte also immer eine dem anderen Zwecke voll entsprechende Ausbildung. Die Aktivnovation hatte sich bereits vom Begriffe losgelöst, die Zahlungs-Novation begann eine selbstständige Entwicklung zu nehmen, immer aber wohnte die Passivnovation noch mit der lediglich Schuldänderungszwecken dienenden Novation unter einem Dache, als Justinian das bestehende Recht codifizierte. Es hätte einer weiteren Spaltung des Novationsbegriffes bedurft, wenn die Passivnovation ganz zu ihrem Rechte kommen sollte.

Ob Justinian der Mann gewesen wäre, die Entwicklung der Passivnovation zielbewusst zu vollenden, mag dahingestellt bleiben. Das Bedürfnis weiterer Ausbildung dieses Schuldübertragungsgeschäftes, war jedenfalls gering; denn — das ist der zweite der angekündigten Gründe — die mit der Passivnovation konkurrierende Geschäftsform, die Defensio, war, wie oben ¹⁾ gezeigt worden ist, jener an Bedeutung für das Rechtsleben weit voraus. Die Justianeische *defensio in rem suam* aber ist eine echte Passivsuccession. Das Fundament des

¹⁾ Vgl. S. 51.

Gläubigerrechtes bleibt auch nach Eintritt des neuen Schuldners in den Prozess durchaus das alte — von einer novatio necessaria kann ja, wie ich hervorhob, im spätkaiserlichen Prozessverfahren mit ebensowenig Recht die Rede sein wie heute —, die Einreden, die der neue Schuldner im Laufe des Prozesses vorbringt, greifen demgemäss das Recht des Klägers auf seiner eigenen Grundlage an, sind nicht nur Äusserungen eines Gegenrechtes. Ja, die von unserer Doktrin allgemein, obwohl, wie ich zeigen werde, mit Unrecht, als unfehlbare Begleiterscheinung der Succession hingestellte Erhaltung der Nebenrechte (Bürgschaften, Pfandrechte) habe ich bei dieser Schuldübertragungsform feststellen können.

Es wird zu zeigen sein, dass unser heutiges Recht Passivnovation und Defension zu einer durch formlosen Vertrag zwischen Gläubiger und Neuschuldner zu bewirkenden Sondernachfolge in die Schuld verschmolzen hat.

II) Das heutige Recht.

1) Die unechte Schuldübertragung.

Eine Umwandlung der Obligation, Fortsetzung des alten Creditverhältnisses mit einem neuen Schuldner ist, wie wir gesehen haben, die befreiende Schuldübertragung. Es wird sich später ergeben, dass die Absicht dieser Umwandlung heute auf dem Wege der Sondernachfolge in die Schuld verwirklicht wird, in der die defensio wie die novatio der Römer den Abschluss ihrer Entwicklung gefunden haben.

Eine Reihe von Erscheinungen unseres Rechtslebens gleichen der befreienden Schuldübertragung darin, dass auch durch sie der Gläubiger einen neuen Schuldner erhält und dafür den alten aufgibt, indess, ohne dass sich eine Passivsuccession vollzieht. Hierher gehört die Cession an Zahlungsstatt, die Delegation an Zahlungsstatt, die Begebung und die Ausstellung eines Wechsels an Zahlungsstatt.

Man möchte geneigt sein, in diesen Fällen ein Fortleben der römischen Passivnovation zu erblicken. Und in der That ist, besonders in Hinsicht auf die Zahlung durch Wechsel, diese Auffassung in Theorie ¹⁾ und Praxis ²⁾ vielfach vertreten. Aber mit Unrecht. Nicht in der Novation haben diese Fälle ihr römisches Vorbild, sondern in der Delegation, sie enthalten keine Schuldübertragung, sondern eine Hingabe an Zahlungsstatt. Nicht das alte Creditverhältnis mit dem Gläubiger fortsetzen will der neue Schuldner; dass der Gläubiger den neuen Schuldner erhält, bedeutet vielmehr eine zum Zwecke

¹⁾ Thöl, Handelsrecht I § 136, und dort Citirte.

²⁾ Vgl. Merkel, Novation S. 138.

der Erfüllung der alten Schuld von dem alten Schuldner gemachte Leistung. Um der Erfüllung, Abrechnung, des Vergleiches willen wird der alte Schuldner frei und ein Anderer Schuldner des Gläubigers. Es wird sich daher empfehlen, diese Fälle, die man unter dem Namen „unechte Schuldübertragung“ zusammengefasst hat ¹⁾ aus der Lehre von der Schuldübertragung auszusondern und als „Obligirung an Zahlungsstatt“, dem Kapitel „Hingabe an Zahlungsstatt“ anzuhängen.

Soweit die Cession und die Begabung eines Wechsels an Zahlungsstatt in Frage stehen, wird diesem Begehren kaum Widerspruch entgegengesetzt werden. Denn für den Bestand der Obligation, welche durch diese Rechtsgeschäfte der Gläubiger an Stelle der alten erhält, kommen nur die Beziehungen des alten zum neuen Schuldner in Frage, die Beziehungen zwischen dem Gläubiger und dem alten Schuldner geben lediglich für die Inhaberschaft der Forderung, des Wechsels die causa her.

Die Delegation und die Ausstellung eines Wechsels an Zahlungsstatt haben insofern ein anderes Gesicht, als sie eine Obligation erst entstehen lassen, die eine andre ablöst und also mit dieser in einen Causalzusammenhang steht. Indessen glaube ich das eben allgemein über die unechte Schuldübertragung ausgesagte auch auf diese Fälle beziehen zu dürfen, indem ich zur Begründung auf frühere diesen Gegenstand betreffende Darlegungen verweise ²⁾. Inwieweit übrigens die Delegation für das heutige Recht noch praktischen Wert hat, mag hier dahingestellt bleiben ³⁾. Dass Wechsel regelmässig

¹⁾ Vgl. Unger, Schuldübernahme S. 8.

²⁾ Vgl. oben S. 24, S. 65.

³⁾ Vgl. Regelsberger in der Krit. V. J. Schr. XXVIII S. 393. Bemerken möchte ich bei dieser Gelegenheit, dass ich die gangbare Auffassung (Thöl, Handelsrecht I § 136), wonach die Scontration einen modernen Anwendungsfall der römischen Delegation darstellt, für unrichtig halte. Wenn in der Reihe A, B, C, D der linke Nebemann immer Schuldner des rechten und endlich D wieder Schuldner des A ist, so können, lehrt man, diese Personen eine Realzahlung in der Weise umgehen, dass B den A dem C und C den A dem D delegirt, wobei die Forderung des B dem A gegenüber durch Aktivnovation, die Forderung des C dem B gegenüber durch die Delegation auf Schuld, dann wieder die neuentstandene Forderung des C gegen

nur zahlungshalber, nicht an Zahlungsstatt ausgestellt werden, darf als feststehend gelten ¹⁾).

2) Schuldübertragung und Succession.

Nach § 357 des deutschen Entwurfes zweiter Lesung kann durch Vertrag mit dem Gläubiger jede dritte Person an Stelle des bisherigen Schuldners in die Obligation eintreten. Das heisst: Die Wirkung der befreienden Schuldübertragung ist in dem Entwurfe eine Passivsuccession in die Obligation.

Gegen die theoretische Möglichkeit einer derartigen Succession dürften, soweit das heutige Recht in Frage steht, nur noch wenige Stimmen laut werden. So sehr die Meinungen in der Konstruktion des Schuldübertragungsvertrages auseinandergehen, in dieser Frage ist man einig. Auch Kuntze, der ehemals seine eigenen Wege wandelte, hat sie verlassen und sich der herrschenden Strömung angeschlossen ²⁾. Nur Bähr ³⁾ steht auf dem Standpunkte, dass die Sondernachfolge in die Schuld „ein juristisch unmöglicher Gedanke“ sei. Und ein Einwand von dieser Seite ist sicher nicht auf die leichte Achsel zu nehmen.

A durch Novation und die Forderung des D gegen C durch Delegation getilgt wird, so dass endlich D seinem Gläubiger A seinerseits als Gläubiger gegenübersteht und mit ihm compensiren kann. Das ist nun alles an sich ganz plausibel, nur scheint es mir theoretisch ebenso möglich und dabei dem Willen der Parteien mehr entsprechend, dass D durch eine Reihe von Cessionen Gläubiger des A aus dessen Schuld gegen B werde. Denn bei Annahme einer Delegation würde A in der Regel insofern in eine nachteilige Stellung dem D gegenüber geraten als er ihm abstrakt verpflichtet würde, während D ihm als Schuldner einer materiell individualisirten Forderung gegenübersteht. Wird dagegen A durch Cession Schuldner des C, so stände schliesslich materielle Schuld gegen materielle Schuld, was dem zu vermutenden Parteiwillen besser entsprechen dürfte.

¹⁾ Vgl. Merkel S. 137 und die dort citirten Obertribunalsentscheidungen.

²⁾ Endemann's Handbuch IV S. 85—87.

³⁾ In Ihering's Jahrbuch Bd. VI S. 171, in der Krit. V. J. Schrift Bd. XXX S. 369.

Aber, wenn ich Bähr recht verstehe, so richtet sich seine Opposition gar nicht gegen die Annahme, dass, wenn der Gläubiger mit dem Neuschuldner die Übertragung der Schuld auf diesen vereinbart, die hiernach zwischen Gläubiger und Neuschuldner bestehende Obligation identisch sei mit der vorher zwischen Gläubiger und Neuschuldner vorhanden gewesen. Bähr kämpft nur gegen die Anschauung, dass, wie die „Forderung“ durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem dritten auf diesen so auch die „Schuld“ durch Vereinbarung zwischen dem Schuldner und einem Übernehmer auf letzteren übertragen werden könne. Und darin pflichte ich ihm, wie ich schon andeutete, durchaus bei.

Ich glaube nachgewiesen zu haben, dass schon den Römern die Singularsuccession in die Schuldnerstellung kein juristisch unmöglicher Gedanke war. Für unser heutiges Recht scheint mir mit der unbeschränkten Zulassung der Stellvertretung im Begründungswillen die Singularsuccession in die passive wie in die aktive Seite der Obligation vollends zu einem unanfechtbaren Besitz geworden zu sein. Die Gedankenoperation nämlich, durch welche ich dazu gelange, aus dem von B erzeugten Thatbestande für A Rechte und Pflichten entstehen zu lassen, gestattet mir auch für A aus dem von B erzeugten Thatbestande Rechte herzuleiten.

Der erste, der das erkannt hat, war Celsus. Wenn ein anderer Besitz und damit Eigentum für mich erwerben kann, so kann er auch, folgerte Celsus, das von ihm erworbene Eigentum auf mich übertragen, indem er erklärt, für mich zu besitzen ¹⁾. Analog ist heute die Überlegung gerechtfertigt: Wenn ich zulasse, dass durch die Vertragserklärung des B der A berechtigt und verpflichtet wird, sofern nur B erklärt vertreten und A sich vertreten lassen zu wollen — warum soll ich dann nicht die nachträgliche Erklärung der beiden gelten lassen, dass der Vertrag des B als in Vertretung des A geschlossen angesehen werden solle? Und, wenn ich ferner

¹⁾ L. 18 pr. de adquir. vel amitt. pors. 41, 2: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio.

zulasse, dass durch die Vertragserklärung des A der B verpflichtet wird, sofern nur B durch generellen jussus (Bestellung als exercitor, institor) oder speziellen erklärt hat, aus den Verträgen des A haften zu wollen — was steht dem im Wege, von einer entsprechenden nachträglichen Erklärung des B Akt zu nehmen? Was also soll uns hindern, die Möglichkeit einer Sondernachfolge in die Schuld anzuerkennen?

3) Bedeutung der Sondernachfolge in Schulden für das Rechtsleben. Schuldübertragung und Schuldübernahme.

Der Schuldübernahme-Vertrag ist in seiner wahren Bedeutung vielfach verkannt worden, wozu nicht wenig der systematische Fehler beigetragen haben mag, dass man, wie ich schon in der Einleitung hervorhob, zwei Rechtsvorgänge mit demselben Namen belegte, obwohl sie von einander verschieden sind wie Ursache und Wirkung. Nehmen wir den praktisch wichtigsten Fall der Schuldübernahme: A kauft von B ein Haus, das mit einer Hypothek zu Gunsten des C belastet ist; im Kaufvertrage findet sich die Verabredung: „Käufer übernimmt in Anrechnung auf den Kaufpreis die auf dem Kaufobjekte ruhende Hypothek des C“. Was heisst das? Es heisst zunächst weiter nichts, als dass A das Haus in dem augenblicklichen, durch die Hypothek verminderten Wertzustande kauft und dafür natürlich einen entsprechenden Abzug am Kaufpreise macht. Es heisst ferner, dass A gegen den Abzug am Kaufpreise sich verpflichtet, den B von der mit der Hypothek verbundenen persönlichen Schuld ganz zu befreien. Es soll reiner Tisch gemacht werden: B will mit der Forderung und der Hypothek des C nichts mehr zu thun haben, A will ihm die Last abnehmen, der Ausgleich liegt im Kaufpreise. Die Abmachung geht aber nicht dahin, dass A die Schuld des B an C zahle — ob C sein Geld erhält ist dem B in der Regel ganz gleichgiltig; A verpflichtet sich auch nicht dem B, in die Forderung des C an Stelle B's als Schuldner zu succediren — eine solche Verpflichtung auf sich zu nehmen wäre eine Thorheit, da die Erfüllung gar nicht von A, sondern

von dem guten Willen des C abhängt¹⁾. B will und soll zufolge des Schuldübernahmevertrages durch A befreit werden — auf welche Weise, ob durch Zahlung, in solutum datio, Erlass oder endlich durch Schuldübertragung, das ist ihm ganz gleich²⁾. Die Parteien denken in der Regel bei Abschluss des Schuldübernahmevertrages noch gar nicht an den vom Übernehmer zur Erfüllung seiner Verpflichtung zu wählenden Weg. Ob übrigens Schuldübernahme Zahlung ist, d. h. ob der Verkäufer sein Recht auf den Kaufpreis gegen das aus der Übernahme entspringende Recht auf Befreiung eintauscht oder aber ob der Käufer so lange zur Entrichtung des vollen Kaufpreises verpflichtet bleibt bis er den Verkäufer befreit hat, das ist eine Frage, die ausser allem Zusammenhange mit der hier behandelten steht.

Seiner Verpflichtung zur Befreiung des Schuldners wird der Übernehmer in der Regel durch Zahlung an den Gläubiger nachkommen; der Zweck der Schuldübernahme wird in den weitaus meisten Fällen erreicht ohne Schuldübertragung. Zwei Erwägungen sind es vornehmlich, die den Übernehmer bestimmen können, an Stelle der Zahlung die Übertragung der Schuld vom Gläubiger zu erbitten. Die eine ist der Wunsch, mit der Schuld oder den Schuldner den Credit des Urschuldners auf sich zu übertragen, die von letzterem angeknüpften Geschäftsbeziehungen nicht zu zerreißen, sondern sich zu erhalten, indem er fremdes Interesse mit dem eigenen verknüpft. Aus diesem Grunde wird häufig die in der Übernahme eines Handelsgeschäftes mit Aktiven und Passiven enthaltene Schuldübernahme zur Schuldübertragung führen. Häufiger noch dient diese einem anderen Zwecke, der insbesondere bei der Übernahme von Hypothekenschulden eine Rolle spielt. Hypothekenschulden sind meist Darlehnsschulden, auf die Dauer angelegt, zinsentragend; sie sind die Form, in der Grundbesitz das Kapital, das Kapital den Grundbesitz den eigenen Interessen dienstbar zu machen sucht. Hier liefe es häufig

¹⁾ Vgl. die treffenden Ausführungen von Bähr in seiner Kritik des deutschen Entwurfes (Krit. V. J. Sch. XXX S. 365).

²⁾ Richtig Danz „Forderungsüberweisung“ S. 144.

den Absichten des Übernehmers durchaus zuwider, wenn er die Hypothek ablösen sollte. Hat der Urschuldner zum Übernehmer Vertrauen, darf er erwarten, dass dieser die fälligen Zinsen regelmässig zahlen, nötigenfalls auch das gekündigte Kapital aufbringen werde, so kann er sich damit begnügen, die Schuldübernahme als Zahlung gelten zu lassen, von einer Realbefreiung absehen. Volle Sicherheit aber kann ihm nur diese gewähren, und dem Übernehmer steht, um sie vom Gläubiger zu erwirken, die Schuldübertragung zu Gebote. Er wird in der Regel um dieselbe nicht lange zu betteln brauchen, da ihm das Interesse des Kapitalisten an sicherer, dauernder Kapitalsanlage auf halbem Wege entgegenkommt.

Die Schuldübertragung steht also zur Schuldübernahme in demselben Verhältnisse wie die Denunziation zur Cession; beide bieten die Sicherung des Erfolges eines der Verkehrsvereinfachung dienenden Rechtsgeschäftes, die eine sichert den Cessionar gegen Unredlichkeiten des Cedenten, die andere den Urschuldner gegen solche des Schuldübernehmers, so verbürgt die eine der Cession, die andere ^{von} Schuldübernahme den Erfolg.

Wie eng aber der Wirkungskreis, wie gering im Vergleich zur Cession die Bedeutung der Schuldübertragung im Rechtsleben ist, das kann gar nicht genug hervorgehoben werden; denn die ewige Parallele zwischen ihr und der Forderungsübertragung hat das Bewusstsein davon allzusehr verwischt. Zwar Delbrück, als Mann der Praxis, wusste es recht wohl: „die Erfahrung lehrt hundertfältig, dass die blosser Übernahme genügt für das Interesse des Schuldners, indem der Übernehmer seinen Verpflichtungen pünktlich nachkommt, und das ist es, was den Contrahenten vorschwebt, wenn sie ein Übernahmegeschäft abschliessen“ ¹⁾. D.'s Theorie lief auch gar nicht darauf hinaus, den Übernehmer an die Stelle des Urschuldners in die Obligation hineinzusetzen; sie wollte vielmehr nur einem Bedürfnis der Praxis entgegen kommen, das wie wir später sehen werden, in gewissen Fällen die Gewährung einer Klage des Gläubigers gegen den nicht in die Schuld eintretenden Übernehmer forderte. Aber mit der unabweislichen völligen Umarbeitung, die D.'s Lehre bei

¹⁾ „Übernahme“ S. 20.

seinen Nachfolgern erfuhr, scheint auch ein gut Teil des brauchbaren Inhaltes seiner Schrift für die Wissenschaft verloren gegangen zu sein. Andernfalls würden Fehlgriffe, wie sie die vom deutschen Entwurf codifizierte herrschende Lehre aufweist, vermieden worden sein.

Hier ist der Ort, von dem unsrer Doktrin eigentümlichen Rechtsgeschäft der „Zahlungsübernahme“ (Erfüllungsübernahme) zu reden. Der Begriff derselben ist ein rein negativer und mit derartigen Begriffen hat es seine eigene Bewandnis; es versteckt sich leicht eine Unklarheit dahinter. Zahlungsübernahme ist nicht etwa derjenige Vertrag, durch welchen der Schuldner dem Gläubiger verspricht, dessen Gläubiger die Schuldsumme zu zahlen. Ein solcher Vertrag würde in's juristische Raritätencabinet gehören, er dürfte ebenso selten sein wie ein wirkliches (d. h. nicht zur Verschleierung einer unentgeltlichen Zuwendung dienendes) *legatum debiti*. Wenn ich mir Zahlung meiner Schuld versprechen lasse, so verpflichte ich dadurch den Promittenten nur mich von meiner Schuld zu befreien; ob der Promittent die Obligation wirklich erfüllt oder wie er sonst meine Befreiung erwirkt, das ist mir gleichgiltig. Andernfalls müsste ich, wenn der Promittent meine Schuld nicht zahlt sondern auf sich übertragen lässt und dann in einem Prozess über die Schuld meinen ehemaligen Gläubiger zurückschlägt, verlangen können, dass mein Promittent dennoch zahle! Ja, wodurch unterscheidet sich dann aber die „Zahlungsübernahme“ von der oben behandelten „Schuldübernahme“? Ich muss gestehen: ich weiss es nicht. Eine Zahlungsübernahme soll immer dann vorliegen, wenn die Parteien mit einer Schuldübernahme-Verabredung nicht den Eintritt des Übernehmers in die Schuld bezweckt haben ¹⁾. Woraus man aber diese Absicht oder jene Absicht der Parteien erkennen solle, das wird nicht gesagt. Auch Bähr — und es wird nicht ihm allein so gegangen sein — hat das erforderliche Kriterium des Parteiwillens nicht zu entdecken vermögen ²⁾. Erklärlich genug. Denn ein solches giebt es überhaupt nicht! Ich habe es eben schon ausgesprochen: Wenn die Parteien eine Schuld-

¹⁾ Motive z. deutschen Entwurf Bd. II § 138 S. 147.

²⁾ Vgl. K. V. J. Sch. XXX S. 366.

übernahme abschliessen, so überlegen sie dabei gar nicht, auf welche Weise der Übernehmer der daraus entspringenden Verpflichtung nachkommen, ob er in die Schuld eintreten oder dieselbe zahlen solle, ob also eine „wirkliche Schuldübernahme“ oder eine „blosse Zahlungsübernahme“ abgeschlossen werde. Der Urschuldner will frei werden, weiter nichts.

Die Unterscheidung von Schuldübernahme und Zahlungsübernahme hat ihre Wurzeln in einer fehlerhaften Konstruktion der freiwilligen, befreienden Schuldübertragung, welche den Schwerpunkt des Übertragungsgeschäftes hineinverlegen will in den Schuldübernahme-Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer.

4) Der Passivsuccessionsvertrag.

Die Versuche, die bisher gemacht sind, um in der Theorie dem Begehren des Rechtslebens nach einem Passivsuccessionsvertrage zu genügen, gleichen so ziemlich einem Kampf Aller gegen Alle — kaum zwei Schriftsteller sind völlig einer Meinung. Wie arg noch die Unklarheit ist, erhellt am besten daraus, dass Windscheid¹⁾ zwei mögliche Konstruktionen zur Auswahl anbietet.

Der deutsche Entwurf, der, wie schon mehrfach hervorgehoben, als die Codifikation der herrschenden Lehre gelten darf²⁾, sagt darüber in den den Abschnitt „Schuldübernahme“ (!) einleitenden §§ 357, 358 (zweiter Lesung):

„Eine Schuld kann von einem dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, dass der dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.

Wird die Schuldübernahme von dem dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab.“

Danach giebt es also zwei Rechtsgeschäfte, durch welche der dritte, der Übernehmer, eine befreiende Schuldübertragung

¹⁾ Pandekten II 338 Anm. 6.

²⁾ Vgl. dazu die neueste Arbeit auf diesem Gebiete von Münster (Über die Singularsuccession in Schulden, Göttinger Inaugural-Disser-tation 1893).

(Schuldübernahme des Entwurfes) herbeiführen kann. Das eine ein Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger, das andere ein Vertrag zwischen Übernehmer und Urschuldner, der zu seiner Wirksamkeit (d. h. dem Gläubiger gegenüber) der Genehmigung des Gläubigers bedarf wie etwa die Veräußerung einer fremden Sache der Einwilligung des Eigentümers.

Die Brauchbarkeit und Ausgestaltung dieses zweiten Rechtsgeschäftes ist der praktische Gegenstand des litterarischen Kampfes gewesen, dessen theoretisirende Seite sich um die Singularsuccession in die Schuld drehte.

Ich will meine eigene Ansicht von der Sache hier gleich voranstellen. Dogmatischen und praktischen Wert hat meiner Überzeugung nach nur das Schuldübertragungsgeschäft, das durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer zustande kommt, die sog. „Expromission“. Die Basirung der Schuldübertragung auf den Vertrag zwischen Übernehmer und Urschuldner verdanken wir einer missverständlichen Auslegung deutscher Rechtsbildungen, die ihre Wurzel in dem Gedanken haben, dass die Schuld eine Qualität desjenigen Wertobjectes sei, das zu ihrer Befriedigung dienen soll, wie ich es andernorts ausgedrückt habe ¹⁾.

Mit dem Streite zwischen römischen und deutschen Grundanschauungen, den man auch in diese Frage hineingetragen hat, hat sie gar nichts zu thun; vielmehr handelt sich in unserer Materie um römische Gebilde in deutscher Fortentwicklung.

1) Die Expromission.

A. Begriff und Geschichte des Vertrages.

„Während man im heutigen Obligationenrechte nicht selten durch allzu strenges Festhalten an römisch-rechtlichen Begriffen zu künstlichen und unbefriedigenden Constructionen gelangt ist, scheint man bei der Schuldübernahme in das entgegengesetzte Extrem verfallen zu sein.

¹⁾ Der Erbschafts Kauf des preussischen Landrechtes. Göttinger Dissertation. 1892. S. 21.

Man glaubt hier, wo m. Es. eine sinngemässe Fortbildung und geringfügige Modifikation eines römischen Rechtsinstitutes allen billigen Anforderungen entspricht, einen juristischen Neubau, ein von Grund auf reformatorisches Werk vornehmen zu müssen.“

Diese Worte, die Menzel in einer der besten über die Schuldübernahme (-übertragung) geschriebenen Abhandlungen ¹⁾ ausgesprochen hat, unterschreibe ich durchaus. Menzel's richtiger Grundgedanke ist der, dass sich die römische Stipulationsnovation bei uns zu einem Schuldübertragungsgeschäfte mit Successionswirkung ausgewachsen habe. Er gerät erst auf Abwege bei dem Versuche des Nachweises, dass auf römischer Grundlage eine in dem Verträge von Urschuldner und Neuschuldner wurzelnde Schuldübertragung construirbar sei. Davon wird später zu reden sein.

Wir haben oben gesehen, dass zu Justinian's Zeiten Stipulation und Constitutum mit Novationsberedung, erstere annähernd, letzteres ganz formlos, neben anderen Zwecken auch dem der ausserprozessualen Schuldübertragung dienten. Wir haben ferner gesehen, dass der Wirkungskreis der ausserprozessualen Schuldübertragung in Rom gegen heute wesentlich eingeschränkt war durch die Existenz eines mit dem römischen Prozesse verknüpften Schuldübertragungsgeschäftes, der *defensio*.

Fragt sich, ob diese römischen Institute für uns ganz verloren gegangen sind, oder ob und welche Elemente derselben sich in unserm Schuldübertragungsgeschäfte vorfinden. Die richtige Antwort scheint mir die zu sein, dass die schon in Rom angebahnte Verschmelzung der beiden bei uns vollzogen und daraus unser Schuldübertragungsgeschäft entstanden ist.

In den neueren Abhandlungen über die Schuldübertragung figurirt unter dem Namen *Expromission* ein Sondernachfolge-Vertrag, der sich zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner abspielt ²⁾, an dessen Ausgestaltung man aber wenig

¹⁾ In Grünhut's Zeitschrift Bd. XI (1884) S. 581 ff.

²⁾ Menzel in Grünhut's Zeitschrift Bd. XI S. 607. Adler in Archiv f. bürgerliches Recht Bd. III S. 4. Bähr in der Krit. V. J.

Wert gelegt hat, weil der in der Schuldübernahme angeblich enthaltene Sondernachfolge-Vertrag das Interesse ausschliesslich in Anspruch nahm. Die Expromission ist aber, wie ich behaupte, nicht nur ein, sondern das der Sondernachfolge in die Schuld dienende Geschäft. Es lohnt daher wohl eine nähere Betrachtung.

Auf seine Herkunft sollte eigentlich schon sein Name weisen. „Expromission“ ist von Alters her in der gemeinrechtlichen Doktrin, wenn auch nicht bei den Römern, diejenige Passivnovation genannt worden, die man nicht im Gefolge einer Delegation auftreten liess¹⁾. Dennoch hat man den Zusammenhang zwischen der heutigen Expromission und der römischen Passivnovation abgelehnt. Es soll vielmehr bei uns die Expromission als ein ganz neues Institut der Sondernachfolge in die Schuld aus der Praxis sich herausgebildet haben, das, unseren Rechtsbedürfnissen besser als die römischen Surrogate entsprechend, dieselben ausser Kurs gesetzt habe. Der von Salpius zuerst unternommene, von Gide und Danz fortgesetzte Versuch, dieser Ansicht entgegen die Passivnovation als das heute in Übung befindliche Institut der Schuldübertragung nachzuweisen, ist zwar missglückt und musste missglücken, weil er in nicht zu billiger Weise die Passivnovation mit der Aktivnovation verquickte und die im deutschen Verkehr vollzogene Umarbeitung des römischen Rechtes ignorirte. Dennoch bleibt es ein hoch anzurechnendes Verdienst dieser Schriftsteller, darauf hingewiesen zu haben, dass uns in der Lehre von der Sondernachfolge in die Schuld keine unüberbrückbare Kluft von den Römern trennt, dass vielmehr auch hier die Stetigkeit der Rechtsentwicklung gewahrt werden kann.

Zwar eine Passivnovation nach römischer Art, eine Umwandlung der Obligation durch Neuschöpfung derselben mit

Schr. Bd. XXX S. 364. Den Vertrag erwähnen als „Schuldübernahme-Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer“ Windscheid Bd. II § 338 Anm. 3^a, Bruns in Holtzendorffs Encyclopädie I § 65, Regelsberger in Endemann's Handbuch S. 534, Unger, Schuldübernahme, S. 11.

¹⁾ Vgl. über diese unrichtige Anschauung des Verhältnisses von Passivnovation und Delegation oben S. 20 ff.

einem neuen Schuldner, findet sich auch meiner Überzeugung nach im heutigen Rechtsleben nicht mehr. Und das zweite der römischen Schuldübertragungsgeschäfte, die *defensio*, ist mit dem veränderten Prozesssystem verschwunden; sie war es genau besehen schon in Byzanz, seit die *Litiskontestation* ihre rechtskonstituierende und rechtskonsumierende Kraft verloren hatte. Gesetzt auch unsere Civilprozessordnung gäbe die Möglichkeit wie einen neuen Gläubiger ¹⁾ so einen neuen Schuldner an Stelle des alten in den Prozess eintreten zu lassen, so würde der Eintritt des neuen Schuldners nicht mehr wie einst in Rom der Grund, sondern wie in Byzanz die Folge der Schuldübertragung sein. Was uns von dem Justinianischen Rechte trennt, ist die Unmöglichkeit, den Prozessakt nachzuahmen, durch den die ausserhalb des Prozesses verabredete Schuldübertragung vollzogen wurde. Aber soll uns mit dem Verschwinden dieser deklaratorischen Form der römische Passivsuccessionsvertrag ganz verloren gegangen sein? Ich glaube ein bestimmtes Nein! als Antwort setzen zu dürfen.

Unser Schuldübertragungs-Vertrag zwischen Gläubiger und Neuschuldner ist die aus dem Prozesse in den formlosen Vertrag hineinverlegte *defensio* — eine *Passivnovation* mit *Successionswirkung*.

Die *Defension* hatte sich schon in Rom nach der *Passivnovation* hin entwickelt: der spätkaiserliche Prozess brachte es mit sich, dass der Eintritt eines neuen Schuldners in den Prozess regelmässig durch Vorverhandlungen zwischen den Beteiligten, dem Gläubiger und dem neuen Schuldner, eingeleitet wurde, in die naturgemäss sich der constitutive Teil des Schuldübertragungsgeschäftes mehr und mehr hineinverlegte, während die *Litiskontestation* sich zu einem deklaratorischen Akte abschwächte. Die *Passivnovation* aber kam der *Defension* entgegen: die Überzeugung, dass die alte und die neue Forderung des Gläubigers auf einer materiellen *causa*

¹⁾ C. P. O. § 236. Dass die Prozessordnung keine Bestimmung enthält, derzufolge die Übertragung der Schuld für den eingeleiteten Prozess wirksam gemacht werden kann (vgl. Seuffert's Kommentar, Anm. 3^d zu § 236), scheint mir eine Lücke, die ohne Schwierigkeit zu beseitigen wäre.

ruhten, brach sich Bahn und musste in ihren letzten Konsequenzen dahin führen, dass die materielle causa der alten Obligation in den Thatbestand der neuen aufgenommen und damit die Schuldübertragung zu einer Passivsuccession gemacht wurde. Warum diese Fortbildung nicht schon in Rom vollendet worden ist, habe ich nachzuweisen gesucht ¹⁾).

Die Emancipation des Vertragswillens hat bei uns die in Rom bestehenden Hindernisse der Entwicklung beseitigt. Seit die Novation einerseits in dem Versprechen an Zahlungsstatt aufgegangen, andererseits, soweit sie der blossen Ergänzung des Vertragswillens diene, überflüssig geworden ist, hat die Passivnovation Raum zur Entfaltung ihrer Eigenart gewonnen. Sie musste Successionsvertrag werden, weil die Sondernachfolge in die Schuld den Gedanken der befreienden Schuldübertragung am vollendetsten zum Ausdruck bringt, und sie konnte das werden, weil sie alle Keime zu der Vollendung in sich trug, die ihre Schwester, die defensio, in eigenartiger Weise bereits erlangt hatte.

B. Inhalt des Vertrages.

An Stelle des Schuldners kann jeder dritte in die Forderung eintreten, wenn der darauf abzielende Vertrag diejenigen Bedingungen erfüllt, unter denen das Recht aus der Verpflichtungserklärung einer Person für eine andere Rechtspflichten entstehen lässt. Ich habe nun oben ²⁾ darauf hingewiesen, dass schon in Rom der jussus des Prinzipales, des Rheders genügte um ihn aus den Verträgen seiner Geschäftsführer zu verpflichten; eine Erklärung des Geschäftsführers dass er vertrete, war nicht benötigt; es musste nur die Beziehung zwischen dem Geschäft und dem jussus vorhanden sein. Analog bedarf es keiner Mitwirkung des Verpflichteten, damit in dessen Stelle eine andere Person einrücken könne; der römische Passivsuccessor, der defensor in rem suam, bedarf keiner Ermächtigung des Beklagten um dessen Stelle zu übernehmen. Die Sondernachfolge in die Schuld in der Weise sich vollziehen zu lassen, dass der Nachfolger erklärt, an Stelle

¹⁾ Vgl. oben S. 84.

²⁾ Vgl. S. 89.

des Vorgängers Schuldner werden zu wollen und der Gläubiger diese Erklärung annimmt, ist also völlig unbedenklich.

Hinsichtlich der Erfordernisse seiner Gültigkeit steht der Schuldübertragungsvertrag unter den für die vermögensmindernden Geschäfte bestehenden Regeln. Er ist anfechtbar wegen Handlungsunfähigkeit, Willensmangel, Zwang, Betrug u. s. w. Zu den allgemeinen Hemmnissen der freien Willensbestimmung, gesellt sich für den Schuldübertragungsvertrag das Intercessionsverbot aus dem SC. Velleianum, soweit dasselbe in Deutschland noch Geltung hat.

Eine höchstwichtige Seite des Schuldübertragungsgeschäftes ist seine Abstraktheit, das völlige Losgelöstsein von seiner in den Beziehungen des Neuschuldners zum Urschuldner liegenden materiellen causa. Damit lässt sich sehr wohl vereinigen, dass die Forderung, in welche der neue Schuldner eintritt, materiell individualisirt bleibt wie sie war. Die Schuldübertragung gleicht darin der Cession, welche, selbst ein abstraktes Geschäft, den Cessionar zum Gläubiger einer Forderung mit materiellem Thatbestande zu machen geeignet ist ¹⁾. Wer in eine bestehende Forderung als Gläubiger oder Schuldner eintritt, sieht in dem Augenblicke, wo er die Berechtigung oder Verpflichtung auf sich hinüberleitet, nach zwei Seiten: Die materielle causa seines Eintrittes liegt für ihn in seinem Verhältnisse zum Vorgänger, die materielle causa der nunmehr auf seinen Namen gestellten Berechtigung oder Verpflichtung in den zur Zeit der Entstehung der Forderung zwischen ihren Begründern bestehenden Beziehungen. Von der Cession unterscheidet sich aber der hier geschilderte Schuldübertragungsvertrag sehr vorteilhaft dadurch, dass die Loslösung von seiner causa auch äusserlich drastisch vollzogen wird, indem der Urschuldner, dem gegenüber der neue Schuldner seinen Entgelt für den Eintritt in die Schuld findet, bei dem Vollzuge des Eintrittes ganz aus dem Spiele bleibt ²⁾.

¹⁾ Das ist zwar nicht allgemein, aber doch überwiegend anerkannt. Vgl. Regelsberger im Archiv f. d. civilistische Praxis Bd. LXIII S. 164.

²⁾ Hierauf hat schon Salpius (S. 508) aufmerksam gemacht, ohne immer Beachtung zu finden.

Der dem Schuldübertragungsvertrage zwischen Gläubiger und Neuschuldner etwa vorhergehende Schuldübernahme-Vertrag zwischen Urschuldner und Neuschuldner äussert nach alledem keine Wirkung auf den Bestand der Verpflichtung des letzteren, insbesondere hemmen auf dem Verhältnisse des Neu- zum Urschuldner ruhende Einredethatsachen den Eintritt in die Schuld nicht. Andererseits kommen dem Neuschuldner alle die zur Zeit der Übernahme auf den Thatbestand der Forderung hemmend wirkenden Thatsachen zu Gute ¹⁾. Damit sind aber — ein Umstand der mir bisher nicht genügend beachtet worden zu sein scheint — die möglichen Hemmnisse der neuen Schuldnerschaft nicht erschöpft. Es kann nämlich der Fall eintreten, dass ein im Thatbestand der alten Forderung enthaltenes Moment für die Person des Urschuldners Wirkungen nicht erzeugte, die dem Neuschuldner gegenüber sofort in die Erscheinung treten. Will ein Haussohn in die Darlehnsschuld einer gewaltfreien Person eintreten, so muss der Wirksamkeit dieses Vertrages das SC. Macedonianum ebenso entgegenstehen wie der Neubegründung des Darlehns durch den Haussohn, da andernfalls das Senatusconsult auf die aller einfachste Weise umgangen werden könnte. Aber auch theoretisch folgt die Wirksamkeit dieser Einredethatsache aus der von mir vertretenen Behauptung, dass die Verpflichtung des Urschuldners vom Augenblicke der Succession an als durch den Urschuldner in Vertretung des Neuschuldners begründet zu gelten habe.

2) Passivsuccessionsvertrag zwischen Urschuldner und Schuldübernehmer ?

Kann der Eintritt eines neuen Schuldners in die Forderung durch Vertrag zwischen ihm und dem Urschuldner herbeigeführt werden? Das ist die Streitfrage, um die vor allem die in unsrer Doktrin seit Delbrück über die Schuldübernahme gepflogene Erörterung sich gedreht hat. Der Frage liegt ein Doppeltes zu Grunde: eine praktische Beobachtung und eine theoretische Parallele.

¹⁾ Das Nähere darüber unten S. 122.

Eine praktische Beobachtung: Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die deutsche Praxis seit jeher dazu geneigt hat, in Fällen der Übernahme eines Vermögenskomplexes (Beispiele bieten Erbschafts Kauf, Vitalizienvertrag, Gutsabtretung „mit Schuld und Unschuld“, Firmenübernahme u. s. w.) den Gläubigern gegen den Übernehmer des Vermögenskomplexes eine Klage auf Zahlung der Schulden des Abtretenden zu gewähren ¹⁾. Ebenso findet sich eine Klage gegen den neuen Erwerber eines Grundstückes auf Grund der von ihm mit dem früheren Eigentümer getroffenen Vereinbarung, dass der neue Eigentümer eine auf dem Grundstück ruhende Hypothek übernehmen oder einen Mieter fort wohnen lassen solle. Hierin sah Delbrück und sah seither unsere Doktrin die offizielle Anerkennung einer durch Vertrag zwischen dem Urschuldner und Schuldübernehmer vollzogenen Schuldübertragung.

Bestärkt wurden sie in dieser Ansicht durch eine theoretische Parallele, die ich von vornherein beseitigen muss, wenn ich zu gedeihlichen Resultaten kommen will. Ich ziele auf die schon von Adler ²⁾ als Grundfehler der herrschenden Lehre bezeichnete Gegenüberstellung von Gläubigerwechsel und Schuldnerwechsel, Forderungsübergang und Schuldübergang. Die Obligation, hatte Mühlenbruch gelehrt, ist unübertragbar, aktiv wie passiv. Denn das Wesen der Forderung besteht gerade in der „wechselseitigen Beziehung mehrerer zu einander“. „Jede einseitige Veränderung des Verhältnisses, wodurch alle Beziehung zwischen den ursprünglichen Obligationsinteressenten vernichtet wird, begründet mithin ein wahres Eingreifen in die Rechtssphäre des anderen Teils“ ³⁾. Und hatte sich nicht diese Harmonie der beiden Obligationseiten schon im römischen Rechte bewährt? Auch dort hatte man, gerade wie bei uns, das Bedürfnis nach Übertragung des wirtschaftlichen Wertes der Obligation von einem Gläubiger auf den anderen, Abwälzung der wirtschaftlichen

¹⁾ Die Nachweise giebt Delbrück, Schuldübernahme S. 81 ff. Siehe auch unten S. 144 ff.

²⁾ Archiv f. bürgerl. Recht Bd. III (1882) S. 12.

³⁾ „Cession“ S. 23.

Last auf einen neuen Schuldner empfunden. Und so hatte man denn, sehr zum Vorteile der Architektonik des Rechtsbaues, als „Successionssurrogate“ der Litiskontestation mit Gläubigerwechsel eine solche mit Schuldnerwechsel, der Passivnovation eine Aktivnovation gegenüber gestellt. Nur schade, dass diese parallelen Rechtsgebilde schon im klassischen Rechte einander in nichts weiter glichen als im Namen. Schade auch, dass die Römer, die doch nach Mühlenbruch der Succession in die aktive wie passive Seite der Obligation so durchaus widerstrebten, ohne Skrupel durch Richterspruch einen neuen Schuldner in die Stelle des alten einrücken liessen!

Aber auch die, welche sich auflehnten gegen den Zwang, den Mühlenbruch dem modernen Rechtsbewusstsein anthun wollte, blieben doch im Banne der Anschauungen, die jener über das reine römische Recht hegte. Ja, Delbrück hielt auch für das heutige Recht an der Unmöglichkeit eines Wechsels der Obligationssubjekte durchaus fest und lehrte nur die Übertragbarkeit von „Forderung“ und „Schuld“, die er als ausgeschiedene Obligationssubstanz, sachenähnliche Vermögenswerte sich dachte. Die „Übernahme fremder Schulden“ ist nun nach seiner Ansicht „das gerade Gegenteil der Cession, welche eine Forderung aus dem Aktivvermögen des Gläubigers in das Aktivvermögen des Cessionars überträgt. Es findet daher zwischen beiden eine grosse Analogie statt ¹⁾“. Da hätten wir denn also das von Kuntze ²⁾ gesuchte „Seitenstück zur Cession“, „die Rechtsfigur, durch welche der obligatorische Vermögensstoff rücksichtlich seines passiven Bestandteiles auf ein anderes Subjekt übertragen werden könne, so dass dieses neue Subjekt ebenso zu der Schuld sich verhält wie der Cessionar“, die „passive Cession“. Schon in den ersten einschlägigen Arbeiten zeigt sich deutlich das Bestreben, Forderungsübertragung und Schuldübertragung einander gegenüberzustellen. Denkt man dabei

¹⁾ Übernahme S. 21.

²⁾ Die Obligation und die Singularsuccession, S. 302. Kuntze erkennt übrigens keineswegs den tiefgehenden praktischen Unterschied von Gläubigerwechsel und Schuldnerwechsel, und lässt sich nur von seinem Bedürfnis nach Symmetrie des Rechtsgebäudes auf Wege leiten, die meiner Ansicht nach zu gefährlichen Abwegen geworden sind.

wie Delbrück, in erster Linie daran, dass die Zahlung, d. h. der Vermögenswert der Obligation, zufolge der „Cession“ in das Vermögen des Cessionars geleitet, zufolge der „Schuldübernahme“ dem Vermögen des Schuldners abgenommen und auf das Vermögen des Übernehmers hinübergewälzt werden soll, so ist dagegen an sich nichts zu sagen. Aber die Sache bekommt eine bedenkliche Wendung — und diese ist von Delbrück vorbereitet worden — wenn man die Analogie auf den Eintritt eines neuen Gläubigers und den eines neuen Schuldners und die dazu dienenden Rechtsgeschäfte überträgt. Diese durchaus unzulässige Fortbildung hat Delbrück's Lehre bei Gürgens erfahren. „Was das römische Recht betrifft“, behauptet er ¹⁾, „so steht kein Satz desselben so fest wie der, dass die Obligatio sowohl nach ihrer aktiven als passiven Seite mit den Personen, in denen sie zur Entstehung gekommen, unzertrennlich verbunden ist“. Die Verknüpfung der Obligation mit ihren Rechtssubjekten beruht aber, wie Gürgens dann nachzuweisen sucht, nicht auf ihrem unabänderlichen Begriff, sondern auf heute überwundenen Rechtsanschauungen der Römer. Das Resultat ist: unser Rechtsgefühl fordert wie die Übertragbarkeit der Forderung so auch die der Schuld. Die Singularsuccession in die Schuld aber ist in allem das Gegenbild der Aktivsuccession.

Die Delbrück'schen Ideen sind in der theoretischen Ausbildung und Umwandlung, die sie bei Gürgens erfahren haben, die Grundlage unsrer heute herrschenden Lehre, die Grundlage des deutschen Entwurfes geworden. Kein Wunder, dass der Parallelismus zwischen Forderungs- und Schuldübertragung fortgewirkt hat und selbst Schriftsteller wie Windscheid ²⁾, Unger ³⁾ und Regelsberger ⁴⁾ sich ihm nicht haben entziehen können. Nun hat man natürlich nicht übersehen, dass „zwar dem Schuldner die Person des Gläubigers in der Regel gleichgiltig sein kann, nicht aber dem Gläubiger die Person des Schuldners, auf dessen individuelle ökonomische Leistungsfähigkeit es gerade ankommt“. (Unger.) Man blieb

¹⁾ Singularsuccession in die Schuld S. 232.

²⁾ Actio S. 202. ³⁾ Schuldübernahme S. 12.

⁴⁾ Endemann's Handbuch II, S. 534.

jedoch dabei von dem Gedanken beherrscht, dass die Obligation als ein „zweiseitiges Rechtsverhältnis“ eigentlich zu jedem Wechsel des einen Rechtssubjektes die Zustimmung des anderen benötige, dass man aber bei der Forderungsübertragung aus praktischen Erwägungen von einer Mitwirkung des Schuldners absehen dürfe, während auf der anderen Seite die durch den Urschuldner und den Übernehmer abgeschlossene Schuldübertragung nur die Zustimmung des Gläubigers erfordere um auch diesem gegenüber Wirksamkeit zu erlangen ¹⁾).

Diese Idee von der „grossen Analogie“ zwischen aktiver und passiver Seite der Obligation, zwischen Forderungsübertragung und Schuldübertragung muss aufgegeben werden, sofern man endlich den richtigen Standpunkt zur Lehre von der Schuldübertragung gewinnen will. Gläubiger und Schuldner sind nicht, wie man uns glauben machen will, zwei an der Bildung der Obligation (im Sinne des obligatorischen Rechtes genommen) gleichwertig beteiligte Faktoren. Beweis dessen die unbestreitbare Thatsache, dass der Gläubiger das obligatorische Band ohne und gegen den Willen des Schuldners, nicht aber dieser das Band ohne Einwilligung des Gläubigers zerreißen darf; woraus sich ergibt, dass der Gläubiger einen neuen Schuldner neben und an Stelle des alten setzen kann, ohne dass der das geringste dabei zu sagen hätte, während das Rechtsgeschäft, das der Obligation einen neuen Gläubiger ohne den Willen des alten giebt, noch gefunden werden soll. Forderung und Schuld sind zwei Seiten eines Dinges — aber die eine die Licht-, die andere die Schattenseite. Sie können nicht in Parallele gestellt werden, jede will für sich betrachtet, jede nach eigenen Gesetzen behandelt sein. Wie es falsch ist, von dem jeweiligen Standpunkt aus, den man zu der Frage der Aktivsuccession der Obligationen einnimmt, die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Passivsuccession behaupten zu wollen, so ist es auch unzulässig, die Schuldübertragung nach dem Muster der Forderungsübertragung zu gestatten. Und auf's dringendste muss die Berücksichtigung des Ausspruches von Bruns ²⁾ gefordert werden:

¹⁾ Vgl. Gürgens S. 231.

²⁾ In Holtzendorff's Encyklopädie (V. Aufl.) S. 515.

„Aus der Möglichkeit Forderungsrechte zu übertragen folgt keineswegs auch von selbst die Möglichkeit der Übertragung von Schulden; aus der aktiven Cession kann man keine passive ableiten. Forderung und Schuld stehen in der Obligation nicht parallel neben einander, sondern in direktem Gegensatz zu einander als Recht und Pflicht“.

Schuldübertragung und Forderungsübertragung sind die Mittler des Obligationenverkehrs wie der Baarkauf der des Waarenverkehrs ist. Darin liegt die Verwandtschaft der beiden Institute. Weiter aber darf die Parallele nicht getrieben werden, sie geht in die Brüche, sobald wir uns Aufgabe und Bedeutung der beiden im Verkehr näher betrachten. Wenn A dem B 100 schuldet und B dem C ebensoviel, so würde offenbar eine wesentliche Vereinfachung erzielt sein, wenn B ausschiede und nur noch A dem C schuldete. Dieser Zweck kann nun, so lehrt eine oberflächliche Beobachtung, ebenso gut erreicht werden, dadurch dass C in die Forderung des B gegen A als neuer Gläubiger eintritt, wie dadurch, dass A die Schuld, die B dem C gegenüber hat, als neuer Schuldner auf sich nimmt, also sowohl durch Forderungsübertragung wie durch Schuldübertragung. Diese Beobachtung ist aber eine rein äusserliche, das Wesen der Sache eher zu verdunkeln als zu klären geeignet. Ich habe ihrer theoretischen Ausbeutung bereits an anderer Stelle, als es sich um Scheidung der römischen Aktiv- und Passivnovation handelte ¹⁾, nachdrücklich entgegengetreten müssen und warne hier nochmals davor. Die Mittel deren sich der Verkehr bedient, um die geschilderte Vereinfachung zu erreichen, sind die Skontration, von der ich hier absehe, und die Forderungsübertragung, niemals die Schuldübertragung. Warum nicht? Weil, um B durch Schuldübertragung zu eliminieren, die Mitwirkung dreier Personen erforderlich ist, also zwei Rechtsgeschäfte benötigt werden, während zur Forderungsübertragung zwei Personen und ein Rechtsgeschäft genügen. Dies der einfache praktische Grund.

Man lasse also bei der Konstruktion des Schuldübertragungsvertrages die Cession ganz aus den Augen und berücksichtige desto energischer die Bedürfnisse des Lebens. Dass ihnen

¹⁾ S. oben S. 20 ff.

irgend eine derjenigen Theorieen, welche die Passivsuccession in den Vertrag zwischen Urschuldner und Schuldübernehmer hineinverlegen, gerecht werde, muss ich aber rundweg bestreiten ¹⁾. Lassen wir zunächst die theoretische Gestaltung bei Seite und fassen nur die praktischen Folgen in's Auge.

Dass Urschuldner und Übernehmer nicht eigenmächtig dem Gläubiger einen Schuldner an Stelle des alten aufzwingen können, leugnen selbstverständlich auch die Vertreter der herrschenden Lehre nicht. Sie lassen daher die zwischen Urschuldner und Übernehmer „vereinbarte“ Schuldübertragung sich erst „vollziehen“ mit der „Einwilligung“, „Genehmigung“, „Zustimmung“, „Annahme“, „Acceptation“, dem „Beitritt“ des Gläubigers. Da erhebt sich aber sofort die Frage: wie sollen die Rechtsverhältnisse bis zum Eintreffen der Genehmigung liegen? Mir scheint es trotz der entgegenstehenden Behauptung der Motive zum deutschen Entwurfe ²⁾ eine unabweisbare Consequenz zu sein, dass, wenn man dem Gläubiger das Recht erteilt, den Schuldübernahme-Vertrag zu genehmigen und dadurch den Übernehmer an Stelle des Urschuldners zum Schuldner zu machen, man nicht zulassen darf, dass die Parteien durch Rückgängigmachung des Vertrages oder gar der Urschuldner allein durch Verzicht ³⁾ dem Gläubiger dieses Recht wieder entziehe ⁴⁾. So haben denn auch angesehene Ver-

¹⁾ Die Dogmengeschichte des Vertrages giebt die neueste einschlägige Arbeit von Münster (vgl. oben S. 94). Ich bin daher in der Lage mein Resumé rein kritisch gestalten zu können. Diejenigen Schriftsteller, welche aus dem Schuldübernahme-Vertrage einen cumulativen Schuldübergang herleiten, werden an anderer Stelle dieser Arbeit Berücksichtigung finden; dort wird auch Delbrück's Theorie gewürdigt werden. ²⁾ Motive II S. 144.

³⁾ Eine Möglichkeit, die in der Regel gar nicht in Betracht gezogen wird, was mit Recht Bähr in der Kr. V. J. Schr. XXX S. 370 bemängelt.

⁴⁾ Will man mit der Genehmigung Ernst machen, so muss man die Rechtslage nach Errichtung des Schuldübernahmevertrages mit der durch vollmachtlose Stellvertretung geschaffenen auf eine Linie stellen. Bei einer solchen ist aber um die sofortige Gebundenheit der Parteien nicht hinwegzukommen (L. 23 [24] de neg. gest. 3, 5; Windscheid, Pandekten I § 74 Anm. 4^a; Regelsberger, Pandekten I S. 598).

treter der herrschenden Lehre sich für die Gebundenheit des Schuldübernehmers entschieden ¹⁾. Aber welche Consequenzen ergeben sich in praxi daraus? Der Schuldübernahmevertrag ist ja doch regelmässig nicht eine für sich dastehende Willenserklärung der Parteien, sondern ein integrierender Bestandteil eines zwischen Urschuldner und Übernehmer abgeschlossenen Veräusserungsgeschäftes. Und wenn also die Parteien auf die Schuldübernahme festgenagelt werden, so sind sie damit auch hinsichtlich aller mit der Schuldübernahme sich gegenseitig bedingenden Abmachungen gebunden. Und das alles die Folge eines Rechtsgeschäftes, das der Erleichterung des Verkehres dienen soll!

Ferner: Was folgt, wenn der Übernehmer vor Eintreffen der Genehmigung seinerseits einen weiteren Übernahmevertrag abschliesst, wenn also, um den Hauptfall herauszugreifen, ein hypothekarisch belastetes Grundstück durch mehrere Hände geht, jedesmal unter Abschluss eines Schuldübernahmevertrages? Dann erhält der Gläubiger eine ganze Reihe von Schuldnern präsentiert, unter denen er sich den zahlungsfähigsten aussuchen kann, die aber alle warten müssen, ob der Herr Gläubiger gütigst genehmigen werde. Und das alles — ich hebe es nochmals hervor — nicht, um den Gläubiger zu begünstigen, nein, um ein Interesse der Schuldner die Schuldübertragung zu erleichtern!

Kein Wunder, wenn Gürgens ²⁾ mit der „starren Rechtskonsequenz“ bricht und den Schuldübernahme-Parteien das Widerrufsrecht bis zum Eintreffen der Erklärung des Gläubigers vorbehält. Aber der Grund, den Gürgens angiebt: dass der Gläubiger trotz Rückgängigmachung der Schuldübernahme doch seinen alten Schuldner behalte und also die Rückgängigmachung als seinem Willen gemäss angesehen werden müsse, ist denn doch wohl kaum zu billigen — man könnte mit demselben Argumente die unbeschränkte Widerruflichkeit der Offerte, des in unbeauftragter Stellvertretung geschlossenen Vertrages, des Vertrages

¹⁾ Regelsberger i. Archiv f. civil. Praxis Bd. 67 S. 36, Windscheid II § 338 Anm. 7.

²⁾ A. a. O. S. 294. Ihm folgen u. A.: Unger, Schuldübernahme S. 11, Arndts, Pandekten § 254.

zu Gunsten eines dritten verteidigen. Nicht weniger bedenklich scheint mir die Gürgens'sche Konstruktion in ihren praktischen Ergebnissen. Der Gläubiger erfährt von dem Schuldübernahmevertrage und genehmigt ihn, aber nur um zu erfahren, dass die Parteien inzwischen vom Vertrage zurückgetreten sind. Wohin soll das zumal dann führen, wenn man Genehmigung durch Klage zulässt?! Wer ersetzt dem Gläubiger Kosten und Schaden dieses Luftstosses? Man wird mir antworten: Nun gut, so mag der Gläubiger, wenn er sicher gehen will, bei den Parteien Anfrage halten ehe er genehmigt. Aber gerade diesen Einwand möchte ich durch meine Ausführungen provozieren. Denn, wenn es in der Praxis nötig wird, dass sich der Gläubiger mit den Parteien, in erster Linie doch mit dem Neuschuldner, den er sich verpflichten will, vor der „Genehmigung“ in Verbindung setze — dann geht doch daraus auf's Klarste hervor, dass nicht in dem Schuldübernahme-Vertrage, sondern in den Verhandlungen zwischen Gläubiger und Übernehmer der Schwerpunkt der Schuldübertragung liegt. Und wenn ich nun die Schuldübertragung in der Weise zustande kommen lasse, dass der Gläubiger eine an ihn gerichtete Übertragungs-Offerte des Übernehmers acceptirt, so erspare ich gegenüber der oben geschilderten Verhandlung noch die Anfrage des Gläubigers an den Übernehmer, ob er auf dem Schuldübernahme-Vertrage bestehe. Der deutsche Entwurf, mit dem ich sonst wenig übereinstimme, enthält in der Fassung der zweiten Lesung die Bestimmung, dass „die Genehmigung wirksam erst erfolgen kann, nachdem der Schuldner oder der dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat“. Das ist eine praktisch wertvolle Abweichung von der herrschenden Meinung und der Grundauffassung des Entwurfes. Sie hat übrigens schon bei Menzel ¹⁾ eine gründliche Verteidigung gefunden. Aber es ist eine verhängnisvolle Selbsttäuschung, wenn Menzel und die Verfasser des Entwurfes meinen, damit noch auf dem Boden einer zwischen Urschuldner und Übernehmer vereinbarten Schuldübertragung zu stehen. Eine Selbsttäuschung: denn die „Mitteilung“ ist weiter nichts als eine verkappte Vertragserklärung.

¹⁾ a. a. O. S. 666.

Und verhängnisvoll ist die Täuschung: denn sie hat die Verfasser des Entwurfes gehindert, der „Mitteilung“ die bindende Kraft einer Offerte beizulegen wodurch sie denn beider ihren praktischen Wert wiederum illusorisch gemacht haben. Denn, wenn Gläubiger und Übernehmer nach Ergehen der Mitteilung durch mutuus dissensus den Vertrag wieder rückgängig machen können, so sieht sich der Gläubiger durch die Mitteilung um nichts mehr gesichert, als er es ohne eine solche sein würde ¹⁾. Nicht minder ist es eine gefährliche Konsequenz des fehlerhaften Prinzipes, dass Menzel und der Entwurf dem Urschuldner wie dem Übernehmer die Befugnis zur Mitteilung des Übernahme-Vertrages an den Gläubiger geben. Denn dem Urschuldner ist häufig schon dann geholfen, wenn der Gläubiger nur erst einmal von ihm ablässt und den Übernehmer anfasst; ob dieser die Ungültigkeit des Übernahme-Vertrages nachzuweisen imstande ist, und der Gläubiger also schliesslich doch wieder auf den Urschuldner zurückgehen muss, ist dem einstweilen gleichgültig — der Gläubiger aber ist der geprellte. Nur auf die Mitteilung des Übernehmers hin darf der Gläubiger sich mit diesem einlassen und das auch dann nur, wenn die Mitteilung nur durch entgegengesetzte Mitteilung widerrufbar, d. h. Offerte ist; ist sie aber eine Offerte, dann ist die Schuldübertragung erst durch Annahme der von dem Übernehmer an den Gläubiger gerichteten Übertragungsofferte perfekt.

Bei meiner an der herrschenden Lehre geübten Kritik habe ich das wichtigste praktische Bedenken noch gar nicht berücksichtigt. Es bedarf keines Beweises, dass die Schuldübertragung nur dann Wert für das Rechtsleben hat, wenn sie von ihrer materiellen causa vollständig losgelöst ist ²⁾, wenn also der neue Schuldner aus seinen Beziehungen zum alten

¹⁾ Ob man übrigens wie Menzel den Vertrag als einen dreiseitigen zwischen Urschuldner, Übernehmer und Gläubiger oder, wie die herrschende Meinung, als einen zweiseitigen zwischen Urschuldner und Übernehmer auffasst, ist, wie sich aus obigem ergibt, für die praktischen Folgerungen ziemlich gleichgültig. Die theoretische Unmöglichkeit beider Konstruktionen wird später nachgewiesen werden.

²⁾ Vgl. die zutreffenden Ausführungen von Gürgens S. 280 ff.

Schuldner dem Gläubiger keine Einwendungen machen darf — ein Erfordernis, dem durch den Expromissionsvertrag jedenfalls genügt wird. Die von mir bekämpfte Lehre ¹⁾ will nun auch dem zwischen Urschuldner und Übernehmer sich abspielenden Verträge diese Abstraktheit vindizieren. Das aber scheint mir einfach ein Ding der Unmöglichkeit.

Der Schuldübernahme-Vertrag, der die Schuldübertragung enthalten soll, bildet regelmässig einen integrierenden Bestandteil eines anderen Geschäftes zwischen Urschuldner und Übernehmer, z. B. eines Kaufes, er findet in diesem Geschäft nicht nur seine materielle causa, sondern ist auch formell gar nicht davon loszulösen. Kommt ein Kauf nicht zustande, so kommt auch der Schuldübernahme-Vertrag nicht zustande, der die Entrichtung des Kaufpreises regeln soll und es hiesse der Wahrheit in's Gesicht schlagen, wenn man behaupten wollte, dass der Übernehmer den Übernahme-Vertrag gelten lassen wolle, ob er zu Recht gekauft habe oder nicht ²⁾. Angenommen der Übernahme-Vertrag sei unzweifelhaft nur eine sog. „Zahlungsübernahme“, so würde niemandem einfallen, diesem Verträge eine von der Gültigkeit des Kaufvertrages unabhängige Beständigkeit zuschreiben zu wollen. Wie der Erbe, der Universalfideikommissar nur soweit Schuldner der Nachlassgläubiger wird, wie er Erbe, Universalfideikommissar geworden

¹⁾ Vgl. Delbrück S. 48, Gürgens S. 282, Windscheid, Pandekten II, § 339 Anm. 4, Unger, Schuldübernahme S. 13, Regelsberger, Handbuch S. 536, Danz, Forderungsüberweisung § 39, § 67.

²⁾ So auch Dernburg, Pandekten II § 53 Anm. 6, mit dessen, leider nur skizzenhaft angedeuteter, Anschauung von der Schuldübertragung sich die meinige überhaupt vielfach berührt. Sehr gut berücksichtigt die Forderungen des Lebens auch der Einsender des in Seuffert's Archiv XXI, 41 abgedruckten Münchener Urteils, der sich lebhaft gegen die Entscheidung des Gerichtes verwahrt, wonach dem Gläubiger Einreden aus dem Übernahmeverträge nicht sollten entgegengehalten werden. Die Lektüre dieses Urteiles sollte überhaupt den Anhängern der herrschenden Lehre über die Tragweite ihrer Konstruktion zu denken geben. Regelsberger (Handbuch S. 532 Anm. 14) sieht in dem von München behandelten Falle nur eine Erfüllungsübernahme. Sollte sich aber nicht diese Deutung für alle Fälle der Übernahme fremder Schulden empfehlen?

ist (weshalb letzterer den Gläubigern sogar die quarta Falcidia in Anrechnung bringen ¹⁾ darf) so ist auch wer in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld übernimmt nur insoweit Schuldübernehmer als er Käufer geworden ist. Dass diese, wie man meinen sollte, einfache und unanfechtbare Beobachtung den Vertretern der herrschenden Meinung, mit einziger Ausnahme von Regelsberger entgangen ist, lässt sich nur dadurch erklären, dass man immer auf die Cession gesehen hat. Nun besteht aber zwischen Cession und Schuldübernahme der Unterschied, dass erstere, weil sie den Cessionar zum Gläubiger macht, das Causalverhältnis zwischen Cessionar und Cedenten schliesst, während die Schuldübernahme die Befreiung des Urschuldners, in welcher dieser seine Befriedigung finden will, nicht bewirken kann und also auch das Causalverhältniss noch nicht löst. Der der Schuldübernahme in Anrechnung auf den Kaufpreis scheinbar analoge Vorgang: Kauf gegen Cession vereinigt mit einander zwei an sich getrennte Vorgänge: 1) den Abschluss des Kaufes unter der Abrede, dass durch Cession gezahlt werden solle, und 2) die Zahlung durch Cession. Damit wäre der Schuldübernahme-Vertrag nur dann in Parallele zu stellen, wenn er zu zerlegen wäre in 1) das causale Versprechen der Zahlung des Kaufpreises durch Eintritt in die Schuld und 2) diesen Eintritt selbst, als abstrakten Vorgang genommen. Nun tritt aber der neue Schuldner nach der eigenen Behauptung der herrschenden Lehre erst mit der Genehmigung des Gläubigers in dessen Forderung ein und wird folglich auch erst in diesem Augenblicke von seiner Verpflichtung gegenüber dem Urschuldner frei; die Parallele fällt also hin.

Regelsberger ²⁾, der wie ich die Herausschälung der Schuldübernahme aus dem mit ihr verwachsenen Causalgeschäfte für ein Ding der Unmöglichkeit hält, will doch solche Einreden, welche „aus der besonderen Natur des Causalgeschäftes“, also wenn ich ihn recht verstehe, die ausschliesslich auf die materielle causa des Vertrages sich stützenden dem

¹⁾ § 7 J de fideicom. her. 3, 23.

²⁾ Im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 67, S. 38, in Endemann's Handbuch II S. 536.

Schuldübernehmer versagen¹⁾. Indessen scheint es mir bedenklich, ob sich eine derartige Unterscheidung in der Praxis als durchführbar erweisen würde, und jedenfalls glaube ich behaupten zu dürfen, dass schon die Zulassung derjenigen Einreden, welche das Zustandekommen des Causalvertrages, die formelle causa, leugnen, den Schuldübertragungs-Vertrag zwischen Urschuldner und Neuschuldner zu einem unbehülflichen Gebilde macht, das im Verkehre dem einfach und durchsichtig funktionirenden Verträge zwischen Neuschuldner und Gläubiger schwerlich die Wage zu halten imstande ist.

Nachdem ich im Vorstehenden die praktische Undurchführbarkeit der von der herrschenden Lehre für die Schuldübertragung aufgestellten Normen darzuthun gesucht habe, kann ich mich bei der Beleuchtung der theoretischen Unmöglichkeit ihrer verschiedenen Constructionsversuche umsomehr kurz fassen, als ja, wenn mir nachgewiesen wäre, dass die Praxis die Basirung der Schuldübertragung auf den Schuldübernahme-Vertrag heischt, ich mich nicht der Pflicht entziehen dürfte an die Stelle der verfehlten Konstruktionen eine meinen Anforderungen entsprechende zu setzen. Denn es bleibt ein dauerndes Verdienst Delbrück's²⁾, der Theorie zugerufen zu haben: „Es ist eine falsche Vorstellung, dass die Bedürfnisse des Verkehrs in einem wirklichen Widerspruch stehen könnten mit der Rechtstheorie, dem man durch Fiktionen und dergleichen abhelfen müsse. Wo ein solcher Conflict zu bestehen scheint, liegt die Schuld nicht am Verkehr, sondern an der Theorie, die das ihr überwiesene Problem nicht zu lösen vermag.“

Es sind drei Wege, auf denen man das Recht des Gläubigers, die Schuldübernahme zu genehmigen und dadurch den Eintritt des Übernehmers in die Schuld herbeizuführen, hat theoretisch begründen wollen. Man hat den Schuldübernahmevertrag ausgegeben als einen Vertrag zu Gunsten des Gläubigers, als einen Dispositionsakt über ein Vermögensrecht des Gläu-

¹⁾ Umgekehrt will Gürgens gerade nur diese Einreden, also insbesondere die Einrede der mangelnden Gegenleistung des Urschuldners, dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger geben.

²⁾ In der mehrfach citirten Schrift S. 7.

bigers und als eine an den Gläubiger gerichtete Offerte der Schuldübernahme-Parteien. Indessen sind diese Theorien sämtlich unhaltbar.

Am leichtesten nachzuweisen scheint mir die Unmöglichkeit, die Schuldübernahme als Vertrag zu Gunsten eines dritten, des Gläubigers, aufzufassen, wie das Danz¹⁾, Gierke²⁾, Stobbe³⁾, Bekker⁴⁾, und mit einiger Reserve, auch Windscheid⁵⁾, thun⁶⁾. Unannehmbar sollte diese Konstruktion von vornherein für diejenigen sein, welche aus dem Vertrage z. G. eines dritten dem dritten einen Anspruch geben ohne seine Genehmigung zu fordern⁷⁾. Denn, dass der Eintritt des neuen Schuldners in die Forderung sich nicht ohne Genehmigung des Gläubigers vollziehen könne, darüber ist man einig. Unannehmbar sollte sie auch sein für diejenigen Schriftsteller, welche die Absicht einer Begünstigung des dritten als unerlässliches Merkmal der Verträge z. G. dr. betrachten. Denn es ist doch ein bedenklicher Cirkelschluss, wenn man sagt, der Gläubiger erhalte eine Klage aus der Schuldübernahme, weil diese ein Vertrag z. G. e. dr. sei, und sie sei ein solcher, weil

¹⁾ Forderungsüberweisung S. 142 ff.

²⁾ In Schmoller's Jahrbuch XIII S. 200.

³⁾ Deutsches Privatrecht III S. 218 ff.

⁴⁾ Pandekten I § 33 Beilage II S. 67.

⁵⁾ Pandekten II § 338 Anm. 6.

⁶⁾ Münster in seiner Dogmengeschichte (S. 72) rechnet auch Gareis hierher, aber mit Unrecht; denn Gareis verwendet die Verträge z. G. dr. nur für die Konstruktion der cumulativen Schuldübernahme, während er sie für die privative ausdrücklich ablehnt („Verträge zu Gunsten dritter“ S. 290) und diese (S. 272) als Kollektivofferte auffasst. Auf dem Standpunkte dieses Schriftstellers steht unter anderem auch Simon (in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XXIV S. 96 ff.). Übrigens scheinen mir gegen die Subsumirung der cumulativen Schuldübernahme unter die Verträge z. G. dr. gleichfalls schwere Bedenken obzuwalten. Jedenfalls muss man aber die erwähnten beiden Richtungen auseinanderhalten und darf sie auch nicht mit einer dritten (Bähr, Zann) verwechseln, welche in der Schuldübernahme ein an den Urschuldner gerichtetes Versprechen, seine Schuld zu zahlen, sieht, und daraus auf Grund der Verträge z. G. dr. dem Gläubiger eine Klage gegen den Übernehmer giebt. Davon weiter unten.

⁷⁾ Windscheid II § 316 a. Anm. 9 und dort Citirte.

der Gläubiger aus ihr eine Klage erhalte! ¹⁾. Und endlich sollte doch, gleichviel wie man den Vertrag z. G. e. dr. konstruiert, das eine ohne weiteres einleuchten, dass, wenn die Schuldübernahme ein solcher Vertrag wäre, der daraus dem dritten, dem Gläubiger, erwachsende Anspruch sich inhaltlich nicht deckte mit der Urschuld, sondern eben in dem Verhältnis des Übernehmers zum Urschuldner seine causa hätte ²⁾.

Schwieriger auf theoretischem Wege zu widerlegen ist die von einer Reihe hervorragender Schriftsteller (Regelsberger ³⁾, Windscheid ⁴⁾, Unger ⁵⁾) und nach ihrem Vorgange von dem deutschen Entwurfe ⁶⁾, neuerdings auch von Münster ⁷⁾ vertretene Lehre, welche die Schuldübernahme als einen Dispositionsakt über ein Vermögensrecht des Gläubigers von diesem genehmigt werden lässt. Die Würdigung dieser Theorie ist deshalb nicht leicht, weil ihre Vertreter nicht immer klar genug sagen, an welcher Stelle des Rechtssystems dieser Rechtserwerb durch Genehmigung eines fremden Rechtsgeschäftes einzureihen sei.

Die Genehmigung seitens eines dritten als eine zum Vertrage zweier Personen hinzutretende Thatsache, welche diesem Vertrage erst die volle Wirksamkeit verleiht, kann sein ⁸⁾

1) die nachträgliche Erteilung einer Vollmacht, die Herstellung des Leitapparates, durch welchen das in seinem Namen geschlossene Geschäft für den Vertretenen wirksam gemacht wird,

2) die Erklärung, dass der Genehmigende eine im eigenen Namen der Contrahenten getroffene Verfügung als mit seiner Vollmacht versehen betrachten wolle,

3) ein Verzicht des Genehmigenden auf ein Recht, welches die Wirksamkeit eines fremden Vertrages ihm gegenüber hemmte.

¹⁾ Vgl. darüber die beachtenswerten Ausführungen bei Busch (Über die Gültigkeit der Verträge zu Gunsten dritter) S. 6, S. 55 ff.

²⁾ Weitere Gegengründe giebt Münster S. 73 ff.; siehe auch Menzel S. 586 ff. ³⁾ In Endemann's Handbuch II S. 532 ff., im civilist. Archiv LXVII S. 24 ff., im Bayer. Hypothekenrecht S. 455 ff.

⁴⁾ a. a. O. Anm. 6.

⁵⁾ Dogmat. Jahrbücher X S. 89 ff.; Schuldübernahme S. 12 ff.

⁶⁾ Motive II S. 144.

⁷⁾ a. a. O. S. 60 ff.

⁸⁾ Vgl. Regelsberger „Pandekten“ I § 147, § 164.

Unter den Fall 1) kann die Genehmigung der Schuldübernahme nicht gebracht werden, weil die Parteien lediglich im eigenen Namen den Schuldübernahme-Vertrag schliessen ¹⁾. Eine „unechte“ Stellvertretung, an die man etwa denken könnte, würde nur dann in der Schuldübernahme zu sehen sein, wenn dem Gläubiger gestattet würde, durch die Genehmigung in das zwischen Urschuldner und Übernehmer bestehende Vertragsverhältnis einzutreten. Das soll er aber nicht, er soll nur den Übernehmer an Stelle des alten Schuldners als Schuldner erhalten. Unter den Fall 3) wieder passt die Schuldübernahme deshalb nicht, weil aus einer derartigen Genehmigung der Gläubiger keine Rechte herleiten könnte ²⁾. Es bleibt also der Fall 2), und in der That scheint man überwiegend an diesen gedacht zu haben ³⁾. Wenn aber der Eigentümer die von einem anderen vorgenommene Tradition seiner Sache, der Forderungsgläubiger die Cession seiner Forderung „genehmigt“, so heisst das doch, dass er dem Empfänger der Sache, dem Cessionar, gestatten wolle fortan als Eigentümer, als Gläubiger zu gelten, also den Vorgang so angesehen haben wolle, als habe er selbst tradirt, cedirt. Es macht sich also auch hier wie in dem Falle 1) der Genehmigende eine fremde Rechtshandlung zu eigen, aber nicht um daraus Rechte für sich herzuleiten, sondern um einem andern zu ermöglichen daraus Rechte herzuleiten. Ist das aber richtig, dann kann die Schuldübernahme nicht mit der Tradition einer fremden Sache, der Cession einer fremden Forderung auf eine Linie gestellt werden, weil 1) sie gar keine Handlung enthält, die

¹⁾ Das hebt mit Recht Münster (S. 64) gegenüber Gürgens (S. 272) hervor.

²⁾ Windscheid a. a. O. beruft sich auf seine Ausführungen in Pandekten I § 81, wo unter Ziffer 3 von der Genehmigung einer Verfügung gesprochen wird, die der Verfügende vorzunehmen nicht berechtigt war. Windscheid giebt aber als seine Auffassung dieses Rechtsvorganges ausdrücklich an, dass durch denselben „das Vermögen (die Rechtssphäre) des Genehmigenden mit seinem Willen gemindert werde“. Sollte wirklich ein derartiger Vorgang in dem Eintritt eines neuen Schuldners in die Obligation liegen?

³⁾ Jedenfalls denkt an ihn Regelsberger, wie dies seine Anmerkung 4 zu § 147 seiner Pandekten I ergiebt.

der Gläubiger als eigene gelten lassen könnte und 2) der Gläubiger allerdings aus ihr Rechte herleiten soll.

Unter die uns aus dem römischen Rechte bekannten Spielarten der Genehmigung eines Eingriffes in fremde Vermögenssphäre lässt sich also die Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger nicht bringen. Und da das uns gestellte Problem nicht lautet: Wie ist es zu erklären, dass der Gläubiger durch Genehmigung der Schuldübernahme den Schuldübernehmer an die Stelle des alten Schuldners setzen kann? da vielmehr die Aufstellung jenes Genehmigungsrechtes des Gläubigers nur einen Versuch zur Lösung des Problems bedeutet: Auf welchem Wege ist dem Gläubiger eine Klage gegen den Schuldübernehmer zu verschaffen? — so wird man auch den Versuch aufzugeben haben, diesen neuen Wein in den alten Schlauch der Genehmigung von Rechtseingriffen anderer zu bringen.

Es bleibt endlich die Kollektivofferten-Theorie ¹⁾. Aber auch diese scheint mir unhaltbar. A und B schliessen einen Vertrag und dieser soll eine Kollektivofferte an C bedeuten! Höchst sonderbar! Der Gläubiger wird gar nicht von den Contrahenten angegangen, es wird ihm gar nichts angeboten — und doch liegt eine Offerte vor. Natürlich nehmen die Vertreter dieser Theorie an, dass die Parteien dem Gläubiger von der „Offerte“ „Mitteilung“ machen werden und sind nur nicht einig darüber, ob es nicht eine Consequenz des Prinzipes sei, dass die „Kollektiv“-Offerte auch nur kollektiv mitgeteilt werden könne ²⁾. Aber ob nicht etwa erst in diese „Mitteilung“ die Offerte hineinzuverlegen sein möchte, das haben sie nicht erwogen. Gleichfalls haben sie nicht berücksichtigt, dass es den Gesetzen juristischer Ökonomie widerspricht, zu einem Verträge die Mitwirkung dreier Personen (des Urschuldners, des Übernehmers und des Gläubigers) zu erfordern, wenn er ebensogut von zweien derselben (dem Übernehmer und dem Gläubiger) abgeschlossen werden könnte.

¹⁾ Sie ist vertreten bei Gareis (S. 272), Simon (S. 192) und mit einigen Besonderheiten bei Menzel in der mehrfach citirten Schrift; auch bei Stobbe „Deutsches Privatrecht“ III S. 221.

²⁾ Vgl. Simon a. a. O.

An dieser letzten Theorie zeigt sich besonders auffallend, wie sehr der Gedanke, dass die Passivsuccession an den Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer geknüpft werden müsse, die Geister hypnotisirt hat — man hat schliesslich den Wald vor Bäumen nicht mehr gesehen.

Die befreiende Schuldübertragung kann nur auf den Vertrag zwischen Gläubiger und Neuschuldner gestellt werden.

Wenn man darüber einig ist, dass die Mitwirkung des Gläubigers und des neuen Schuldners zur Durchführung der Sondernachfolge in die Schuld unbedingt erforderlich ist, die Mitwirkung des Urschuldners aber dabei entbehrt werden kann, so ist ein Sondernachfolge-Vertrag, in welchem dem Urschuldner eine Hauptrolle zugewiesen wird, eine ungesunde Rechtsbildung und muss über Bord geworfen werden ¹⁾. Der Versuch, die Schuldübernahme zur befreienden Schuldübertragung zu gestalten, widerstrebt dem Parteiwillen (vgl. oben S. 90 ff.), den Erfordernissen des Verkehrs (vgl. oben S. 108 ff.) und der theoretischen Möglichkeit (vgl. oben S. 113 ff.).

Übrigens hat sich die von mir bekämpfte Lehre selbst widerlegt. Der Schuldübernehmer soll Schuldner der übernommenen Forderung werden durch die Genehmigung des Gläubigers. Nichtdestoweniger giebt man fast durchweg dem Gläubiger die Klage gegen den Übernehmer auch ohne seine Genehmigung. Zwar kleidet man das in die Formel ein: der Gläubiger genehmigt durch die Klage ²⁾. Die Klage ist aber doch die Folge der Verletzung des Rechtes — wie kann der Übernehmer ein Recht des Gläubigers verletzen, das ihm gegenüber noch gar nicht besteht? Ein bedenklicher Cirkel: der Gläubiger klagt, weil er ein Recht hat und er hat ein Recht, weil er klagt. Man mag die Genehmigung in der Klage finden und sagen, der Übernehmer werde durch die Klage zum

¹⁾ Das hat schon Adler a. a. O. S. 10 hervorgehoben, ohne dass es genügend beachtet worden wäre.

²⁾ Windscheid II § 338 Anm. 5, Gürgens S. 271, Regelsberger, Handbuch S. 537, Unger, Schuldübernahme S. 13. Aus der Praxis: Seuffert's Archiv XXI, 39, XXI, 41, N. F. III, 146 (R. O. H. G.); R. G. VII, 41; auch R. G. XIX, 48 hält im Prinzip die Genehmigung durch Klage für möglich.

Schuldner des Gläubigers, man darf aber auf keinen Fall behaupten, durch die Klage werde der Gläubiger prozessual klageberechtigt; vielmehr hat, wenn der Übernehmer nach Erhebung der Klage zahlt, der Gläubiger unbedingt die Kosten des Prozesses zu tragen. Andernfalls würde sich jeder sorgfältig hüten, fremde Schulden zu übernehmen. Menzel wirft ein, wer dem Gläubiger die Klage versage, weil er nicht vorher seinen Beitritt erklärt habe, der behaupte entweder, dass in den häufigen Fällen der Praxis, wo der Gläubiger klage ohne vorher beigetreten zu sein, der Gläubiger das Recht i. obj. Sinne nicht kenne oder aber etwas sinnwidriges thue. Der Einwand trifft aber nicht die, auf welche er gemünzt ist, sondern fällt auf die herrschende Lehre zurück. Denn, wenn die Fälle, wo der Gläubiger ohne vorherige Genehmigung klagt, das praktische Bedürfnis widerspiegeln, so geht eben daraus hervor, dass die Genehmigung nicht Grundlage des Rechtes sein kann, welches der Gläubiger klagend geltend macht. Es muss vielmehr der Versuch gemacht werden, dem Gläubiger ein Recht gegen den Übernehmer ohne seine Mitwirkung zu verschaffen. Dies Recht kann aber, da ohne den Willen des Gläubigers der Übernehmer sich nicht an die Stelle des Urschuldners setzen kann, sich nur auf eine kumulative Haftung des Übernehmers für die Urschuld stützen. Das lenkt uns von der Singularsuccession in die Schuld ab, zur bestärkenden Schuldübertragung. Indessen wende ich mich, ehe ich diese Richtung einschlage, noch einmal zum Sondernachfolge-Vertrag zurück. Es gilt eine Reihe auf den Sondernachfolge-Vertrag bezüglicher Einzelfragen zu erörtern, die meiner Ansicht nach bisher in der Doktrin eine unzulängliche Behandlung erfahren haben.

3) Der Zustand der Forderung nach durchgeführter Passivsuccession.

Die Nachfolge in die Schuld setzt den Nachfolger in eine Schuld hinein, deren Thatbestand durch den Vorgänger in's Leben gerufen worden ist; sie schafft, wie man es häufig ausgedrückt hat ¹⁾,

¹⁾ Danz „Forderungsüberweisung“ S. 88; Gürgens (Dogmat. Jahrb. VIII) S. 298; Regelsberger in d. Kr. V. J. Schr. XXVIII S. 395.

nur einen neuen Schuldner, nicht einen neuen Schuldgrund. Der Thatbestand der Forderung bleibt der alte bis auf die die Passivlegitimation des Neuschuldners begründenden Rechtsthat-sachen.

a) Der Umfang der Haftung
des neuen Schuldners wird allein durch den Parteiwillen bestimmt. Bei Feststellung desselben wird vor allem darauf zu sehen sein, ob der neue Schuldner in das ganze obligatorische Verhältnis oder nur in eine einzelne sich daraus ergebende Forderung passiv eintreten wollte. Beides ist an sich durchaus möglich. Wenn der Käufer eines Mietshauses dem Mieter desselben erklärt, er wolle die Miete mit ihm fortsetzen, so trage ich kein Bedenken, durch die Annahme dieses Antrages seitens des Mieters den früheren Eigentümer von seiner Verpflichtung aus dem Mietsvertrage frei werden und den neuen Eigentümer in dieselbe eintreten zu lassen. Dass das Recht des Vermieters aus dem Mietsvertrage, wenn es nicht vom alten dem neuen Eigentümer cedirt wird, nach wie vor dem ersteren zusteht, dass also alle Ansprüche des Vermieters in der Person des früheren Eigentümers zur Entstehung gelangen, dieser den Anspruch auf Zahlung des Mietszinses, Entschädigung wegen Verschlechterung der Mietssache u. s. w. erhält, scheint mir ein Hindernis derartiger Schuldübertragung ebenso wenig zu sein wie es heute unmöglich ist, dass aus dem zwischen A und B geschlossenen Versicherungsvertrage C das Recht auf die Versicherungssumme erhält. Ein obligatorisches Verhältnis ist auch das verzinsliche Darlehn. Wer ein solches dem Gläubiger gegenüber auf sich nimmt, der will sich nicht nur an Stelle des Urschuldners zur Rückzahlung der Darlehenssumme verpflichten, sondern auch zur Zahlung der Zinsen. Die aus einem solchen Verhältnisse sich ergebende Forderung auf Rückzahlung des gekündigten Darlehns, der rückständigen Zinsen pflegt man nicht passiv zu übernehmen, sondern zu zahlen. Ich verweise dafür auf das oben (S. 91 ff.) bereits Gesagte.

Ob nach Eintritt des neuen Schuldners im Zweifel (denn entgegenstehende Abmachung der Parteien ist natürlich möglich) die Zinsen für den Neuschuldner laufen, ob die Haftung für die Conventionalstrafe mit übergeht, das sind

Fragen, die mit ja oder nein zu beantworten sind, je nachdem die einzelne Forderung oder das ganze obligatorische Verhältnis den Neuschuldner belasten soll. Es ist an sich möglich, dass der neue Schuldner nur in die Forderung auf Rückzahlung des Darlehns eintreten will, während die Zinsen zu Lasten des Neuschuldners fortlaufen sollen; in der Praxis werden aber solche Fälle kaum vorkommen, regelmässig wird vielmehr der neue Schuldner das auf längere Dauer angelegte obligatorische Verhältnis aus den S. 92 angegebenen Gründen mit dem Gläubiger fortsetzen.

Die Bestimmungen des römischen Rechtes über die Fortwirkung der Zins- und Conventionalstrafenstipulation ¹⁾ im Falle der Novation beruhen nicht auf Interpretation des Parteiwillens. Vielmehr wurde in Rom durch den Untergang der Hauptobligation den accessorischen Obligationen der Boden gleichfalls entzogen, ohne dass sie, weil Zinsen und Conventionalstrafen auf eigener Stipulation beruhten, schon durch die Neustipulation der Hauptforderung neubelebt wurden; sondern sie mussten wiederum eigens neustipulirt werden. Für uns massgebend muss die Wirkung der defensio sein. Dass aber, nachdem die Litiskontestation ihre rechtskonsumirende Wirkung verloren, die defensio noch die Kraft gehabt habe, die Zins- und Conventionalstrafenobligationen zu vernichten, wird niemand behaupten.

Der neue Schuldner leitet den Thatbestand der bestehenden Obligation auf sich hinüber. Daraus folgt denn auch für

b) die Einreden aus dem alten Thatbestande die Fortwirkung. Indess will mir scheinen, als sei in den bisherigen Bearbeitungen der Lehre dieser rein formale Gesichtspunkt denn doch allzusehr in den Vordergrund gestellt worden. Wie wollen sich denn mit ihm diejenigen Schriftsteller abfinden, welche auf dem bekannten Savigny'schen Standpunkte stehen, wonach die exceptio wie in Rom so noch heute ein Recht des Schuldners zur Abwehr ist, also doch den Thatbestand der Forderung nicht berührt? Meiner Ansicht nach müssen andere Erwägungen für die Frage der Fortdauer der Einreden massgebend sein.

¹⁾ Danz, Forderungsüberweisung §§ 25, 28, 42, 45.

Zunächst wird mit Thon ¹⁾ zu unterscheiden sein zwischen rechtsvernichtenden und rechtsverfolgenden Einreden. Erstere müssen unbedenklich auch dem Neuschuldner gegeben werden: aus einer Forderung, die nicht da ist, braucht er nicht zu leisten. Gewährung der rechtsverfolgenden Einreden des Urschuldners an den Neuschuldner dagegen ruft die Gefahr hervor, dass in des ersteren Rechte eingegriffen werde. Wo dies Bedenken gerechtfertigt ist, darf nur aus besonderen Gründen der Neuschuldner sich des fremden Rechtes bedienen. Solche Gründe sind: 1) Ermächtigung durch den Urschuldner, 2) Interesse des Urschuldners an der Wahrung seiner Rechte durch den Neuschuldner.

Um festzustellen, ob die Geltendmachung der rechtsverfolgenden Einrede den Urschuldner schädigt, ist eine fernere Unterscheidung zwischen bloss negativen Rechten (*exceptio metus, doli specialis*) und positiven Rechten (*exceptio compensationis, non adimpleti contractus, Retentionseinrede*) zu machen. Vorwegnahme der letzteren durch den Neuschuldner würde immer dem Urschuldner ein Recht entziehen. Man ist daher, wenigstens was die Compensationseinrede betrifft, darüber einig, sie dem Neuschuldner zu versagen ²⁾. Doch wird, im Interesse des Urschuldners selbst, dem oben gesagten gemäss eine Ausnahme zu machen sein, wenn der Neuschuldner, ohne vorher mit dem Neuschuldner eine Schuldübernahme abzuschliessen, in die Schuld eingetreten ist und im Regresse seinen Ersatz suchen muss. Hier ist zweierlei möglich: entweder man versagt dem Neuschuldner den Regress, weil er nicht utiliter gerirt habe, indem er eine durch Compensation entkräftete fremde Schuld tilgte — dann läuft man Gefahr, die Gesamtinteressen der Schuldner zu schädigen, weil niemand mehr in ihrer Abwesenheit für sie eintreten wird; oder aber man giebt dem Intercedenten den Regress — dann ist offenbar der einzelne Schuldner, für den intercedirt wird, geschädigt. Der Ausweg liegt in dem Zugeständnisse, dass, wenn der Urschuldner durch seine Intercession regressberechtigt wird, ihm im Interesse des Urschuldners auch dessen rechtsver-

¹⁾ Rechtsnorm und subjektives Recht S. 267.

²⁾ Regelsberger in Endemann's Handbuch II S. 537; Gürgens S. 300; Danz, Forderungsüberweisung S. 53.

folgende Einreden nicht versagt werden dürfen. Für eine derartige Berücksichtigung des Regressverhältnisses bietet die Entwicklung der Haftung des Bürgen reichliche Anhaltspunkte ¹⁾.

Was endlich diejenigen Einreden betrifft, die, wie die *exceptio metus*, ein Recht des Schuldners zur Aufhebung der Obligation darstellen, so sind bisher Bedenken gegen ihre Wirksamkeit auch für den neueintretenden Schuldner von keiner Seite geltend gemacht worden. Und doch können Einreden dieser Art dem Neuschuldner ohne Einwilligung des Urschuldners dann unmöglich zugestanden werden, wenn es sich um ein wechselseitiges Rechtsverhältnis handelt, d. h. um ein solches, aus welchem auch für den Schuldner Forderungen entstehen können. Die Gründe liegen auf der Hand. Der Urschuldner kann nicht als Gläubiger aus einer Obligation auftreten, die der Neuschuldner zunichte gemacht hat. Ist die Obligation schlechthin einseitig — welche Obligationen etwa heute noch dahin gehören, ist eine Frage, die eine eigene Abhandlung erfordern würde — so werden dagegen rechtsverfolgende Einreden der angegebenen Art auch dem Neuschuldner nicht zu versagen sein.

Eine von der bisher behandelten zu trennende Frage ist, ob gewisse Einreden der Übertragung auf den Neuschuldner ihrer inneren Natur nach derart widerstreben, dass mit Übergang der Schuld dieselbe von ihnen befreit wird. Als höchstpersönlich und unübertragbar pflegt man die *exceptio pacti de non petendo in personam* und die *Competenz-einrede* zu kennzeichnen ²⁾. Dass jene nicht für eine andere Person gelten kann als für die sie begründet wurde, liegt im Wesen der Sache, doch dürfte diese Feststellung für das heutige Recht praktischen Wert überhaupt nicht mehr haben ³⁾.

Schwieriger ist es, dem *beneficium competentiae* gerecht zu werden. In der Lehre von der Cession herrscht Streit

¹⁾ Vgl. das oben S. 15 ff. Gesagte.

²⁾ Danz, Forderungsüberweisung S. 54.

³⁾ Wenn heute ein Schuldner mit dem Gläubiger einen Erlassvertrag abschliesst, so hat der etwaige Zusatz, dass der Vertrag allein für die Person des Schuldners gelten solle, schwerlich eine andere Bedeutung, als dass Solidarschuldner forthaften sollen.

darüber, ob die Kompetenz dem Schuldner auch gegenüber dem Cessionar zustehe; überwiegend hat man sich dagegen ausgesprochen ¹⁾; dafür eingetreten ist besonders Dernburg ²⁾, und wie ich glaube mit Recht. Es liegt auch hier nahe, durch Vergleich mit der Cessionslehre zu einem für die Schuldübertragung brauchbaren Resultate gelangen zu wollen ³⁾. Ein Blick auf die Compensationseinrede zeigt aber das Bedenkliche solchen Verfahrens.

Dass der Neuschuldner sich auf das *beneficium competentiae* des Urschuldners nicht berufen könne, gilt allenthalben ⁴⁾ als ausgemachte Sache. Man beruft sich dafür auf L. 7 pr. de except. 44, 1:

„Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti quam socius habet exceptionem quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fidejussori

und L. 24 de re jud. 42, 1:

„Et si fidejussor acceptus sit rei vel actionis, non proderit, si persona, pro qua fidejussit, in quantum facere poterit, condemnanda est.

Si maritus solvendo non fuerit, licet ipsi marito prosit, quod facere non possit (id enim personae mariti praestatur) heredi eius hoc non prodest.“

Man vergisst aber dabei L. 23 eodem (Paulus):

„Si cum procuratore mariti de dote actum fuerit, si quidem vivo marito condemnatio fiet, in quantum facere potest fiet damnatio (nam et defensor mariti in id, quod ille facere potest, damnatur), mortuo vero marito in solidum“

und L. 51 § 1 de procur. (Ulpian) 3, 3:

„Quoniam tamen defendere est eandem vicem quam reus

¹⁾ Vgl. Windscheid II § 332 Anm. 3.

²⁾ Pandekten II § 51 Anm. 7.

³⁾ Der deutsche Entwurf § 360 (II. Lesung) scheint von diesem Gedanken diktirt zu sein; vgl. die Anmerkung zu genanntem § bei Reatz, Zweite Lesung des Entwurfes S. 187.

⁴⁾ Windscheid II § 339 Anm. 1; Gürgens S. 300; Delbrück S. 109.

subire defensor mariti in amplius, quam maritus facere possit, non est condemnandus“ ¹⁾).

oder sucht, wie Delbrück ²⁾, die Stellen als für unsere Frage bedeutungslos zu übergehen. Delbrück nämlich meint, es sei ja gar nicht ausgemacht, dass unter dem erwähnten defensor ein defensor in rem suam zu verstehen sei, und, wenn er das nicht sei, so könne aus der auf ihn sich beziehenden Entscheidung nichts für die Schuldübertragung gefolgert werden. Mir aber scheint aus den begründenden Worten Ulpian's und aus der Gegenüberstellung von procurator und defensor bei Paulus mit Sicherheit hervorzugehen, dass mit dem defensor gerade der procurator in rem suam gemeint sei.

In den citirten Quellenentscheidungen sehe ich folgendes Prinzip: die Competenzeinrede dürfen an Stelle des durch sie geschützten Schuldners dritte Personen dann geltend machen, wenn durch die unbeschränkte Verurteilung der dritten der Wille des Gesetzgebers, dass die Befriedigung des Gläubigers nicht auf Kosten des Notbedarfes seines Ehegatten, Aszendenten, Socius u. s. w. erzwungen werden solle, vereitelt werden würde. Das Competenzrecht beruht auf einem persönlichen Verhältnisse des Schuldners zum Gläubiger; insoweit sich dieses Verhältniss nicht in den Universal- oder Singularsuccessionen fortsetzt, kann daher von einem Übergange des Competenzrechtes auf den Nachfolger des Schuldners nicht die Rede sein. Nun sind die Verhältnisse, auf denen das Recht des Notbedarfes beruht zumeist derart, dass sie ihrer Natur nach sich in anderen Personen nicht fortsetzen können. Eine Ausnahme davon macht das Gesellschaftsverhältnis, dessen Unübertragbarkeit in Rom nur auf einem positiven Rechtssatze beruhte, der indessen durch das moderne Handelsrecht durchbrochen worden ist ³⁾. Folgerecht muss, wenn mit dem Eintritt in das Gesellschaftsverhältnis heute jemand die Schulden des früheren Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft übernimmt, ihm das beneficium competentiae seines Vormannes erhalten bleiben ⁴⁾.

¹⁾ Ebenso L. 61 § 1 pro socio 17, 2.

²⁾ a. a. O. S. 109.

³⁾ H. G. B. Art. 113 und Art. 123².

⁴⁾ Wird ein Soldat von einem Soldaten beerbt oder der Grossvater von dem Vater des Gläubigers, so steht dem Nachfolger für die

In einem anderen Sinne, aber doch gemäss dem oben aufgestellten Prinzipie stellen L. 23 de re jud. und die verwandten Stellen eine Ausnahme von der Regel, dass das *beneficium competentiae* unübertragbar ist, fest. Der *defensor* soll auf nicht mehr verurteilt werden als der *defensus* nach Abzug des Notbedarfes leisten konnte. Warum? Weil er „eandem vicem quam reus subit“, an die Stelle des Urschuldners einrückt, folglich der Gläubiger sich nicht beklagen kann, wenn er vom Neuschuldner nicht mehr beitreiben kann als er vom Urschuldner würde beitreiben können, während das Interesse des letzteren geradezu fordert, dass der Neuschuldner nicht zu weit *exequirt* werde. Denn der nimmt seinen Regress beim Urschuldner und würde also, wenn er sich auf das *beneficium* nicht berufen dürfte, den Urschuldner der ihm vom Gesetze gewährten Wohlthat berauben. Ist dagegen dem neuen Schuldner die Möglichkeit gegeben, sich des Kompetenzrechtes seines Vorgängers zu bedienen, so kann, wenn der neue Schuldner ohne Rücksicht auf dasselbe zahlt oder sich verurteilen lässt, der Urschuldner seinerseits den Ersatz des von seinem Befreier unnütz gemachten Aufwandes ablehnen.

Der Unterschied zwischen dieser Art des Überganges des Kompetenzrechtes und der eben erwähnten dürfte klar sein: dort entnimmt das Recht seinen Umfang der Persönlichkeit des neuen Schuldners, hier der des alten, dort geht also — um die in der *Ususfruct*lehre zur Kennzeichnung des gleichen Unterschiedes herkömmliche Terminologie zu verwenden — das Recht selber, hier nur die Ausübung über.

Dass die praktischen Bedenken, die sich einer Durchführung dieser These entgegenstellen, keine geringen sind, kann nicht übersehen werden; sie dürften aber mehr in der unzweckmässigen Ausbildung, die das Kompetenzrecht überhaupt durch

Schuld des Erblassers zwar auch das *beneficium* zu, aber nicht in seiner Eigenschaft als *succesor*, sondern aus eigenem Rechte. Dagegen dürfte es, wenn heute noch sich jemand die Kompetenz vertragsmässig ausbedänge (L. 49 de pactis 2, 14), gar keinem Bedenken unterliegen, dass sein Nachfolger in der Schuld in das dem Kompetenzrechte zugrunde liegende Verhältnis, das hier eben nur ein Vertrag ist, eintritt und also das Kompetenzrecht auf sich überträgt wie der neue Gesellschafter.

das laxe Billigkeitsgefühl der späten Kaiserzeit erfahren hat, als gerade in der einen hier verfochtenen Consequenz des Kompetenzrechtes haben.

An die Erörterung des eben besprochenen beneficii möchte ich die eines anderen anreihen, das in der Theorie der Schuldübertragung bisher keinerlei Beachtung gefunden hat. Ich meine das *beneficium inventarii*. Kann sich der Sondernachfolger in die Schuld auf das Inventar seines Vormannes berufen? Nach dem Grundsatz, dass die Schuld in dem Umfange, in welchem sie den Urschuldner belastete, auf den neuen Schuldner übergeht, ist die Frage mit „ja“ zu beantworten. Ein Blick auf die Entwicklung, welche das Inventarrecht in der deutschen Praxis gefunden hat, ergibt aber, dass mit dem *beneficium* ausgestattete Schulden unübertragbar geworden sind. Nicht bis zur Höhe des Nachlasses, sondern mit den Nachlassstücken haftet nach heutiger Anschauung der Erbe ¹⁾. Die Haftung ist dadurch zu einer unpersönlichen geworden — eine Rechtsgestaltung für die das moderne Recht, besonders das Handelsrecht zahlreiche Beispiele aufweist (Grundschild, Haftung des Ladungsinteressenten, des Rheders, des Commanditisten u. s. w. ²⁾). An die Stelle des durch die Person des Schuldners bestimmten, beständigem Wechsel unterworfenen Vermögens, einer *universitas juris*, ist das konkrete Wertobjekt oder der Complex konkreter Werte „das Sondergut“, getreten, aus dem der Gläubiger, wenn der Zweck seiner Obligation nicht verwirklicht wird, Befriedigung sich verschaffen darf. Das Forderungsrecht des Gläubigers ³⁾ gleicht dem Hypothekrechte, nur dass es nicht wie dieses accessorisch, sondern prinzipal ist. Wie ich aber nicht Pfandschuldner werden kann, ohne Eigentümer der Pfandsache geworden zu sein und andererseits die Pfandsache nicht erwerben kann ohne Pfandschuldner zu werden, so ist auch eine Übertragung der auf die Inventarsstücke beschränkten Haftung

¹⁾ R. G. I S. 98. Dernburg, Pandekten, III § 171.

²⁾ Vgl. Ehrenberg, beschränkte Haftung des Schuldners. 1880.

³⁾ Dass es ein solches und nicht ein dingliches Recht ist, hat, m. Es. mit Recht, Ehrenberg (a. a. O. S. 357) ausgeführt. Es wird als „absolutes Forderungsrecht“ zu rubriziren sein. Das Weitere darüber wird unten gesagt werden.

nicht möglich ohne Übergang des Nachlasses und muss wiederum an diesen notwendig sich anknüpfen.

Für eine persönliche Schuldübertragung ist also hier kein Raum. Über die Haftung des Erwerbers des Sondergutes wird in dem letzten Teile dieser Arbeit gehandelt werden.

Qualitäten sozusagen der Forderung sind wie die Einreden des Schuldners, so auch die Vorzugsrechte des Gläubigers insbesondere

c) die Konkursprivilegien.

Auch sie bleiben also trotz Schuldnerwechsels bestehen. Das entspricht auch der bei Delbrück¹⁾, Gürgens²⁾, Windscheid³⁾ vertretenen herrschenden Meinung. Abweichend davon bestimmt der deutsche Entwurf in § 361:

„Ein für den Fall des Konkurses mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht kann im Konkurse über das Vermögen des Übernehmers nicht geltend gemacht werden“.

Die Motive⁴⁾ geben als Grund an, es vertrage die Fortdauer der Vorzugsrechte sich nicht mit der zwingenden Natur der die Rangordnung der Gläubiger bestimmenden Rechtsnormen. Dem Schuldübernehmer könne das Recht nicht zugestanden werden, durch Rechtsgeschäfte in die Rangordnung einzugreifen, welche für seine Gläubiger durch Gesetz mit zwingender Wirkung bestimmt sei. Mir ist das, offen gestanden, unverständlich. Kann etwa der Vormund keine Medicinalschulden für sich contrahiren, keine Gesindeverträge für sich abschliessen, weil dadurch seine Mündel in der „durch Gesetz mit zwingender Wirkung“ für die bevorzugten Gläubiger des Vormundes bestimmten Rangordnung um eine Stufe tiefer rücken? ⁵⁾ Wenn aber die Fähigkeit des Schuldners zur Hervorbringung weiterer bevorrechtigter Forderungen durch die Existenz schon privilegirter Forderungen nicht beschränkt wird, so sehe ich denn doch nicht den mindesten Grund ein, warum nicht der Schuldner privilegirte Forderungen sollte übernehmen können ohne seinen Gläubigern ein Unrecht zuzufügen. Der deutsche Entwurf ist also in diesem Punkte reformbedürftig.

¹⁾ S. 109.

²⁾ S. 289.

³⁾ II § 339 Anm. 2.

⁴⁾ II S. 147.

⁵⁾ K. O. § 54.

Von ganz anderen Gesichtspunkten aus als den im Vorstehenden zur Geltung gebrachten ist die Frage nach dem

d) Schicksal der Pfandrechte und Bürgschaften zu beantworten. Die Einreden gehen auf den Neuschuldner ohne weiteres über; die Konkursprivilegien bleiben dem Gläubiger erhalten, weil sie zum Thatbestande der passiv übertragenen Forderung gehören. Der Thatbestand der Forderung hat aber mit der Existenz von Pfandrechten und Bürgschaften, die für die Forderung bestellt wurden, gar nichts zu thun. Pfandrechte und Bürgschaften sind Accessorien der Forderung, d. h. sie sind in ihrem Thatbestande abhängig von dem Thatbestand der letzteren. Aber die Forderung existirt fort, mögen Pfandrechte und Bürgschaften wechseln so viel sie wollen. Man darf also mit Rücksicht auf den accessorischen Charakter dieser Rechte wohl sagen: Nur dann, wenn der Subjektwechsel eine Succession bedeutet, können die Accessorien der Forderung erhalten bleiben; es wäre aber ein Fehler zu sagen: Weil Forderungs- und Schuldübertragung bei uns Succession sind, deshalb bleiben die Accessorien erhalten.

Ob sie erhalten bleiben, das ist in der Lehre von der Schuld- wie in der von der Forderungsübertragung lediglich aus dem Parteiwillen zu folgern ¹⁾. In Hinsicht auf die Schuldübertragung wird nun allgemein gelehrt ²⁾: „Wer Bürgschaft leistet, übernimmt die Haftung für den gegenwärtigen Schuldner und dessen Erben, aber nicht für jeden dritten, welcher durch Sonderrechtsnachfolge in die Schuld einrückt. Diese Beschränkung liegt im Bürgschaftsvertrag und bedarf keines besonderen Ausdrucks; es genügt, dass nicht das Gegenteil erklärt wurde. Hieraus folgt, dass die Haftung des Bürgen mit dem Schuldnerwechsel für die übertragene Schuld erlischt. Die gleiche Schranke trägt dasjenige Pfandrecht in sich, welches nicht vom persönlichen Schuldner bestellt wurde“ ³⁾.

¹⁾ So richtig Menzel S. 600.

²⁾ Regelsberger Handbuch S. 537. Seiner Ansicht sind sämtliche Schriftsteller, welche die Frage berührt haben.

³⁾ Gemeint ist wohl: welches nicht den ausscheidenden Urschuldner verpflichtet; denn andernfalls würde die Pfandsache schon dann frei werden, wenn sie nur einmal den Eigentümer nach Bestellung des Pfandrechtes gewechselt hätte.

Im wesentlichen entsprechend bestimmt der deutsche Entwurf II in § 361:

Durch die Schuldübernahme erlöschen die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte, es sei denn, dass der Bürge oder derjenige, welchem der Gegenstand des Pfandrechtes zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt.

Der Entwurf geht über die oben vorgetragene herrschende Ansicht insofern hinaus, als er das Pfandrecht im Prinzipie auch dann untergehen lassen will, wenn die Pfandsache dem Urschuldner gehört, weil nach Ansicht der Commission ¹⁾ die Fortdauer der Haftung auch bei dieser Sachlage dann unbillig ist, wenn sich der Schuldübergang ohne Zustimmung des Urschuldners vollzogen hat. Andererseits lässt aber der Entwurf die Fortdauer von Bürgschaften und Pfandrechten ohne weiteres zu, wenn der Bürge oder Pfandschuldner „in die Schuldübernahme einwilligt“, wobei offenbar vor allem an den bekannten Fall der Hypothekenübernahme gedacht ist, bei welchem der Schuldübergang in Verfolg eines Schuldübernahmevertrages zwischen dem Neuschuldner und dem Urschuldner, der zugleich Pfandschuldner ist, sich vollzieht.

Es sei hier gleich bemerkt, dass wie mir scheint, der Gedanke an die Hypothekenübernahme die Fassung des Entwurfes in einer wenig zweckdienlichen Weise beeinflusst hat. Von einer Einwilligung des Pfandschuldners in die Schuldübernahme kann doch nur dann die Rede sein, wenn Urschuldner und Pfandschuldner eine Person sind, andernfalls haben Pfandschuldner wie Bürgen gar nicht in die Schuldübernahme einzuwilligen, sondern in die Fortdauer ihrer eigenen Haftung. Ferner aber: Wem gegenüber soll denn eigentlich die „Einwilligung“ erklärt werden? Nach § 358 des Entwurfes wird die Schuldübernahme zwischen dem Urschuldner und Neuschuldner „vereinbart“. Willigt in diese Vereinbarung der Bürge, der Pfandschuldner? Oder muss seine Einwilligung dem Gläubiger gegenüber erklärt werden? Und endlich: der Entwurf spricht von dem Pfandschuldner, dem das Pfand zur Zeit der Schuldübernahme gehört. Wie aber, wenn nach ge-

¹⁾ Vgl. die Anmerkung von Reatz zu § 361 des Entwurfes.

schehener Übernahme, aber vor Eintreffen der Genehmigung des Gläubigers (§ 358) der Pfandschuldner die Pfandsache weiter veräußert und der neue Pfandschuldner „in die Schuldübernahme einwilligt“?

Indessen kann ich es mir ersparen, eine bessere Fassung für den Entwurf vorzuschlagen. Denn ich halte überhaupt die im § 361 codificirte Meinung, dass den Bürgen und Pfandschuldnern die Haftung für den Neuschuldner ohne ihre Einwilligung nicht zugemutet werden dürfe, für eine verfehlte.

Fassen wir zunächst den einfachen Fall in's Auge, dass Urschuldner und Pfandschuldner eine Person sind. Auch hier soll infolge der Übertragung der Schuld das Pfand frei werden. Adler ¹⁾, der in Gemeinschaft mit Danz ²⁾ hier der herrschenden Meinung gegenübersteht, will diese Satzung eingeführt wissen, „damit nicht das vom Urschuldner bestellte Pfand für die mora und culpa des von ihm nicht bestellten Schuldübernehmers eintreten müsse“. Durch diese Rücksichtnahme dürfte denn aber doch dem Urschuldner mehr geschadet als genützt werden. Es wird sich jeder Gläubiger hüten unter diesen Umständen einen Schuldübertragungsvertrag ohne Vorwissen des Urschuldners abzuschliessen. Die Römer wogen in der Lehre von der negotiorum gestio fein beobachtend die utilitas absentis gegen die utilitas absentium ab ³⁾; wenn ich es ihnen nachzuthun suche, so komme ich zu dem Resultate: die utilitas absentium, konkret: das Interesse der Schuldner daran, dass guten Freunden das Eintreten für sie möglichst erleichtert werde, fordert die Fortdauer der Pfandhaft auch ohne Einwilligung des Urschuldners, während die utilitas absentis, das Interesse des Schuldners an der Fernhaltung unberufener, schädigender Einmischung nicht der geringsten Gefahr ausgesetzt ist. Denn, was hindert den gegen seinen Willen befreiten Urschuldner trotz seiner Befreiung die Schuld zu zahlen?

Ich vermag aber auch nicht einzusehen, warum die Lage dritter accessorisch haftender Personen in rechtlich unzulässiger

¹⁾ In Archiv für Bürgerl. Recht Bd. III S. 7.

²⁾ Forderungsüberweisung S. 98.

³⁾ Vgl. Sturm, negotium utiliter gestum S. 9 ff.

Weise verschlechtert werden sollte, wenn man sie ohne ihre Einwilligung für den durch Schuldübertragung neu eingetretenen Schuldner forthaften liesse. An welcher Stelle sollte sich denn diese Benachteiligung zeigen? Bürgen und Pfandschuldner stehen in doppelter obligatorischer Beziehung: zum Gläubiger durch die accessorische Haftung für die Hauptschuld, zum Schuldner durch Mandat oder negotiorum gestio. Vergeblich wird man nun in den Abhandlungen über Schuldübernahme nach einer Äusserung darüber suchen, in welcher dieser obligatorischen Bezeichnungen der Bürge, der Pfandschuldner bedroht werde: ob in seiner Stellung als Schuldner des Gläubigers oder als Gläubiger des Schuldners der Hauptobligation.

Fassen wir zunächst seine Schuldnerstellung in's Auge. Inwiefern wird der Umfang der Haftung des Bürgen (was im Folgenden vom Bürgen gesagt werden wird, gilt in gleicher Weise für den Pfandschuldner) durch die Persönlichkeit des Hauptschuldners bestimmt? Darauf lässt sich nur die eine Antwort geben: gar nicht! Der Bürge haftet dem Gläubiger dafür, dass dem Obligationszwecke Genüge geschehe; ist das nicht der Fall, so entsteht für ihn eine accessorische Schuld wie für den Hauptschuldner eine Hauptschuld; ob aber dem Obligationszwecke genügt sei oder nicht, das ist lediglich nach dem Vertrage, nicht der Persönlichkeit des Hauptschuldners zu entscheiden. Ja, aber dolus und culpa des Hauptschuldners — sind denn die nicht von grösstem Einflusse auf die Gestaltung der Schuld des Bürgen? Natürlich, aber man vergesse doch nicht, dass der Bürge dem Gläubiger für die Erfüllung des Obligationszweckes haftet, und dass dolus und culpa des Hauptschuldners doch nur für die Frage in Betracht kommen, ob dem Obligationszwecke schon durch den Hauptschuldner genügt sei. Dass der Hauptschuldner dem Bürgen für seinen Schaden aufzukommen hat, wenn infolge der Verletzung des Obligationszweckes durch den Hauptschuldner der Bürge in Anspruch genommen wird, steht auf einem ganz anderen Brette, und ob hier durch die Schuldübertragung eine Beeinträchtigung des Bürgen hervorgerufen würde, wird unten zu erörtern sein. Was dann die Beziehungen des Bürgen zur mora des Hauptschuldners betrifft, so lehrt nähere Betrachtung

sofort, dass es gar nicht die mora des Hauptschuldners, sondern die eigene mora ist, für die der Bürge aufzukommen hat, sobald dem durch die Hauptobligation und die des Bürgen gesicherten Obligationszwecke nicht Genüge geschieht.

Bedenken können nur entstehen, ob nicht das beneficium excussionis des Bürgen durch den Wechsel des Hauptschuldners gefährdet wird. Indess würden diese jedenfalls dann in Fortfall kommen, wenn der Bürge sich selbstschuldnerisch verpflichtet hat — was heute als Regel gelten dürfte. Aber auch dem mit dem beneficium excussionis ausgestatteten Bürgen wird, wie mir scheint, mit der Forthaftung für den neuen Schuldner nichts unbilliges zugemutet. Er muss es sich gefallen lassen, dass an die Stelle des sicheren Hauptschuldners ein unsicherer Erbe tritt, muss es sich gefallen lassen, dass der Schuldner selbst diesen Erben ernennt, darf aus der frivolsten Verschleuderung des zu seiner Deckung dienenden Schuldner-Vermögens dem Gläubiger gegenüber keinen Einwand erheben — ist es denn mehr, wenn der Schuldner eine insolvente Persönlichkeit an seine Stelle setzt? Man übersehe doch nicht, dass der Bürge nicht für den Fall der Solvenz, sondern gerade für den der Insolvenz des Schuldners dem Gläubiger haften soll und will; das Vertrauen, das der Bürge in die Persönlichkeit des Schuldners setzt, kommt nicht in dem Vertrage mit dem Gläubiger, sondern in dem der Übernahme der Bürgschaft zu Grunde liegenden Vertrage zwischen Hauptschuldner und Bürgen zum Ausdruck! Und in den aus diesem Vertrage sich ergebenden Rechten wird der Bürge durch die Schuldübertragung nicht nur nicht geschädigt, sondern im Gegenteile verbessert.

Der Bürge hat die accessorische Haftung für den Hauptschuldner auf Grund eines Mandates des Hauptschuldners oder als sein negotiorum gestor übernommen. Als dominus negotii hat ihm daher der Urschuldner für alle infolge der kontraktmässigen oder freiwilligen Geschäftsführung notwendig werden den Auslagen aufzukommen — ergo auch für die Zahlung der Hauptschuld, mochte dieselbe auf einen anderen übertragen sein oder nicht. Der Urschuldner mag sich dafür beim Neuschuldner erholen, wenn dieser ihm gegenüber die Schuld

übernommen hatte ¹⁾. Dem Bürgen aber giebt die Zahlung der Hauptschuld einen ferneren Anspruch gegen den neuen Schuldner auf Ersatz der damit für diesen gemachten nützlichen Auslagen. Sich diesen zweiten Anspruch in Zweifelsfällen zu sichern ist dem Bürgen durch das *beneficium cedendarum actionum* noch besonders leicht gemacht. Mit jenem ersten ist er passiv-solidarisch: Befriedigung des einen bringt den anderen zum Erlöschen.

Ich weiss demnach wirklich nicht, wie durch die Schuldübertragung eine Schädigung des Bürgen herauskommen soll. Bedenken erregen kann nur der Hinweis auf die „Imponderabilien“ des Verkehrs ²⁾: Wer bürgt schenkt dadurch dem Schuldner einen Beweis seines Vertrauens, seines Wohlwollens, den er keineswegs auf jede, wenn auch zahlungsfähige, Persönlichkeit ausgedehnt wissen möchte. Ich verkenne die Wichtigkeit derartiger verkehrspsychologischer Erwägungen durchaus nicht. Aber im vorliegenden Falle scheinen mir denn doch die Imponderabilien in dem Regressrechte eine recht reale Unterlage zu haben, und zudem möchte ich behaupten, dass derartige Erwägungen des Bürgen nicht in dem Vertrage mit dem Gläubiger sondern in dem Bürgschaftsvertrage ihren Ausdruck finden, und letzterer wird ja, wie ich schon hervorhob, durch die Schuldübertragung gar nicht berührt.

Zu aller Vorsicht stelle ich anheim, das dem Bürgen durch L. 28 § 1 *mandati* 17, 1, gewährte Recht, den Hauptschuldner auf Befreiung zu belangen, wenn er mit der Zahlung zögert oder sein Vermögen vergeudet, auch im Falle der Schuldübertragung ihm zu geben. Das ist aber auch alles, was ich zugestehen kann. Die Befreiung des Bürgen mit Übertragung der Schuld *ipso jure* eintreten lassen zu wollen, scheint mir eine ebenso ungerechtfertigte wie unzweckmässige Äusserung des Billigkeitsgefühles. Dass man dem Bürgen gestatten muss, bei Übernahme der Bürgschaft seiner Obligation die

¹⁾ Es liegt also in der Übernahme einer durch Bürgschaft gesicherten Schuld eine Rückbürgschaft.

²⁾ Ich verdanke diesen Hinweis der Güte des Herrn Geheimraths Regelsberger.

Clausel „Unübertragbar“ einzufügen, ist übrigens selbstverständlich.

Was vom Bürgen gilt, hat, wie oben schon gesagt, vom Pfandschuldner gleichermassen zu gelten.

Und was sagen zu alledem die Römer? Sie besaßen, wie ich gezeigt zu haben glaube ¹⁾, in der defensio in rem suam eine echte Passivsuccession. Trotz Eintritt eines neuen Schuldners in die Obligation aber blieben Konkursprivilegien, Pfandrechte, Bürgschaften dem Gläubiger erhalten! ²⁾.

¹⁾ Oben S. 57, S. 84.

²⁾ Vgl. die Nachweise oben S. 57, S. 58.

Die notwendige bestärkende Schuldübertragung.

I) Nochmals Schuldübernahme und Schuldübertragung.

Delbrück hat in seiner bekannten Schrift „Übernahme fremder Schulden“ den Nachweis geführt, dass als Folge einer ganzen Reihe von Veräusserungsgeschäften, die grösstenteils dem deutschen Rechtsleben entstammen, die Praxis eine Haftung der erwerbenden Partei für die Schulden oder für eine bestimmte Gruppe von Schulden des Veräusserers festgestellt hat. Solche Geschäfte sind: Erbschafts Kauf, Schenkung eines ganzen Vermögens, Vitalizienvertrag, Leibzuchtsvertrag, Bestellung der ehelichen Gütergemeinschaft, Vermögensauseinandersetzung, insbesondere unter Erben, Veräusserung eines kaufmännischen Geschäftes, Veräusserung eines hypothekarisch belasteten Grundstückes ¹⁾.

Der Umstand, dass die Parteien mit derartigen Veräusserungsverträgen regelmässig eine Schuldübernahme verbinden, d. h., dass sich der Erwerber dem Veräusserer verpflichtet, für die auf dem erworbenen Wertganzen ruhenden Schulden aufzukommen, legte es nahe, zwischen dem Schuldübernahme-Vertrage und dem aus dem Veräusserungsvertrage dem Gläubiger gegen den Erwerber erwachsenden Rechte einen Causalzusammenhang zu suchen. Indess habe ich den Versuch, in den Schuldübernahme-Vertrag eine Passivsuccession des Übernehmers in die übernommene Schuld hineinzuverlegen, als missglückt bezeichnen müssen. Es bleibt, wenn man die Schuldübernahme als Grundlage der Haftung des Erwerbers

¹⁾ vgl. Delbrück S. 81 ff.

ansehen zu müssen glaubt, nur noch die Möglichkeit, diese Haftung kumulativ zu gestalten.

Von vornherein muss aber dahinzielenden Versuchen gegenüber, das Bedenken sich erheben: haben denn das die Parteien mit der Schuldübernahme bezweckt? Was beabsichtigen sie denn? Der Übernehmer soll als Entgelt für eine Leistung des Urschuldners diesen von seiner Schuld gegen den Gläubiger befreien. Und der Erfolg dieser Haftung soll eine kumulative Haftung des Übernehmers für die Urschuld sein? Es soll doch nicht der Gläubiger den Vorteil aus der Schuldübernahme ziehen!

Dennoch ist der Versuch gemacht worden, dem Gläubiger aus der Übernahme ein bestärkendes Recht gegen den Übernehmer zu geben. Es gehören hierher die Theorien von Zaun¹⁾ und von Bähr²⁾.

Beide Schriftsteller verwenden, um dem Gläubiger aus dem Schuldübernahme-Vertrage einen Anspruch gegen den Übernehmer zu verschaffen, die Theorie der Verträge zu Gunsten dritter. Es ist ihnen nun schon von anderer Seite³⁾ sehr mit Recht entgegengehalten worden, dass es höchst bedenklich sei, auf einem zur Zeit noch so schwankenden Boden einen Neubau aufzuführen. Zu sagen: die Schuldübernahme giebt dem Gläubiger einen Anspruch, weil sie ein zu seinen Gunsten geschlossener Vertrag ist, und dann in der Lehre von den Verträgen z. G. dritter die Notwendigkeit und Struktur des Rechtes des dritten an der Schuldübernahme zu demonstrieren — das dürfte doch kaum angängig sein. Soll endlich einmal dem Kampf um die Verträge z. G. dritter das lang ersehnte Ende werden, so muss die Schuldübernahme ganz aus dem Spiel bleiben, sie hat mit jenen Rechtsgebilden gar nichts zu thun. Die Zaun-Bähr'sche Theorie ist theoretisch und praktisch undurchführbar.

Der dem Urschuldner aus der Schuldübernahme er-

¹⁾ Im Archiv f. praktische Rechtswissenschaft I S. 11 ff.

²⁾ In den dogmatischen Jahrbüchern VI S. 130 ff.; Urteile des Reichsgerichts S. 70 ff.; in der Kr. V. J. Schr. XXX S. 364 ff.

³⁾ Von Menzel a. a. O. S. 586, auch von Münster in der citirten Schrift S. 73.

wachsende Anspruch auf Zahlung der Urschuld durch den Übernehmer soll diesen Schriftstellern zufolge durch eine fingierte (Zaun) oder stillschweigende (Bähr) Cession auf den Gläubiger, zu dessen Gunsten die Übernahme vereinbart wurde, übergehen. Voraussetzung der Konstruktion ist also, dass der Urschuldner durch die Schuldübernahme berechtigt wird, die Zahlung der Urschuld vom Übernehmer zu fordern. Ich habe aber schon an anderer Stelle (oben S. 91) im Einverständniss mit Delbrück ausgeführt, dass diese Zumutung der Parteiabsicht schnurstracks zuwiderläuft; nicht die Urschuld zahlen soll der Übernehmer, sondern dafür eintreten, dass der Urschuldner vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird; das war auch der klare Standpunkt des römischen Rechtes, dem die Schuldübernahme keineswegs unbekannt war¹⁾. Zaun ist es nun zwar nicht entgangen, dass der Urschuldner nicht mehr als die Befreiung vom Übernehmer fordern könne, indess er weiss sich zu helfen: das Recht des Urschuldners „verwandelt sich“ in der Hand des Gläubigers in einen Anspruch auf Zahlung! Mit der Behauptung, dass das Recht aus der Schuldübernahme die Zahlung der Urschuld zum Inhalt habe, steht und fällt die Zaun-Bähr'sche Konstruktion²⁾.

Aber gesetzt auch, sie sei theoretisch haltbar, so kann sie doch den Bedürfnissen des Lebens nicht genügen. Wer das Recht des Gläubigers auf den Schuldübernahme-Vertrag stellt, muss, wie ich schon früher (S. 111 ff.) hervorgehoben habe, die Einreden aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Geschäfte dem Übernehmer auch dem Gläubiger gegenüber geben. Bähr³⁾ gesteht das zu, will aber Compensationseinreden ausgeschlossen wissen, worüber ich hier nicht mit ihm streiten kann, wenn ich nicht allzu tief in den Kampf über die Verträge z. G. dritter hineingeraten will. Schon, dass jedenfalls alle übrigen Einreden aus seinem Verhältnisse zum Urschuldner der Übernehmer entgegenhalten kann, macht mir Bähr's Theorie unannehmbar. Man male sich nur einmal

¹⁾ Oben S. 47.

²⁾ Über weitere theoretische Bedenken s. Menzel S. 588, Münster S. 26 ff.

³⁾ Civil. Archiv LXVII S. 184 ff.

den Fall aus, dass der Übernehmer im Irrtum über die Ungültigkeit des Übernahme-Vertrages dem Gläubiger zahlt. Der muss dann den empfangenen Wert, den er doch zugleich auf sein gutes Recht gegen den Urschuldner in Zahlung genommen hat, unweigerlich dem Übernehmer wieder herausgeben und kann dem Urschuldner nachlaufen ¹⁾. Wenn Bähr dem Gläubiger empfiehlt, sich vom Übernehmer ein Zahlungsversprechen geben zu lassen, so kann mich das nur in meiner Ansicht bestärken, dass die freiwillige Schuldübertragung zweckmässig nur auf einen Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer gestellt werden darf.

Alle Versuche, aus dem Schuldübernahme-Vertrage dem Gläubiger ein Recht gegen den Übernehmer zu verschaffen, sind theoretisch und praktisch gescheitert. So befinden wir uns also vor dem Nichts! Der Ausweg aus dem Chaos der Meinungen liegt in der Erkenntnis, dass die von der Praxis geforderte Haftung des Übernehmers ihre Grundlage nicht in dem Schuldübernahme-Vertrage sondern in der von der Schuldübernahme nur begleiteten Übertragung von Vermögenswerten aus dem Vermögen des Urschuldners in das des Übernehmers hat, dass die Haftung des Erwerbers keine freiwillige ist, sondern an den Vermögenserwerb mit Rechtsnotwendigkeit sich anknüpft.

II) Vermögensübertragung und Schuldübergang.

A. Dogmengeschichtliches.

§ 362 des deutschen Entwurfes II sagt:

„Hat jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen

¹⁾ Man vergleiche auch die schon erwähnte Entscheidung in Seuffert's Archiv XXI, 41. Ferner: Was ergibt Bähr's Konstruktion, wenn der Gläubiger die Urschuld verjähren lässt? Dann kann er immer noch durch die Klage aus der Übernahme sich befriedigen bis auch seit deren Begründung rechtsverjährende Zeit verflossen ist. Denn auf die Aufhebung der Urschuld kann sich der Übernehmer jedenfalls nur dann berufen, wenn auch keine nur zahlbare Obligation übrig geblieben ist; verjährte Forderungen aber sind zahlbar.

übernommen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrages an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen. Die Haftung des Übernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und, wenn dieses vor der Ausantwortung an ihn ohne sein Verschulden vermindert wird, auf den Bestand des übrig bleibenden Vermögens.“

Wie die Motive (II S. 151) mit Recht hervorheben, entspricht diese Bestimmung einem wirklichen Verkehrsbedürfnisse. Nur ist dieses Bedürfnis kein anderes, als dem zuliebe man in § 358 den Schuldübernahme-Vertrag mit Schuldübertragungserfolg ausgestattet hat!

Die Klage des Gläubigers gegen den Schuldübernehmer ist ein Kind der Praxis. Giebt nun diese Praxis dem Gläubiger die Klage nur in solchen Fällen, wo der Schuldübernehmer das Vermögen oder ein Sondervermögen des Urschuldners erworben hat, und zeigt sie ferner das deutliche Bestreben, diese Klage unabhängig zu machen von den Schuldübernahme-Verabredungen zwischen Urschuldner und Übernehmer, so halte ich mich bis zum erbrachten Gegenbeweise für berechtigt zu der Behauptung: die von der Praxis gewährte Klage beruht nicht auf der Schuldübernahme, sondern auf dem Vermögensübergange. Dem Versuche einer theoretischen Konstruktion dieser Klage werde ich mich nicht entziehen.

Der Zusammenhang von Schuldübertragung und Vermögensübertragung kommt in den Schriften der ersten Bearbeiter unserer Lehre, die noch ohne vorgefasste Meinung an das Problem herantraten, ganz unzweideutig zum Ausdruck. So vor allem bei Delbrück. Seine Lehre ist bekannt, ihre Schwächen sind zur Übergenüge hervorgehoben worden, Kuntze's schneidende Kritik¹⁾ hat kaum Widerspruch erfahren. Dennoch gilt die Arbeit als bahnbrechend; nicht ohne Grund, wie ich schon betont habe. Diejenigen Bemerkungen Delbrück's aber, in denen für mich der Hauptwert seiner

¹⁾ Die Obligation und die Succession.

Schrift liegt, sind wenig gewürdigt oder missverstanden worden, woran ihr Urheber allerdings nicht schuldlos ist. Die grundlegende Beobachtung Delbrück's ist die eines Gegensatzes von Obligation und Forderung. Aus Obligationen wie Miete, Mandat, Gesellschaft entwickeln sich Forderungen, für welche die Obligation den Grund her giebt, die aber etwas sind als die Obligation, da sie fort dauern, wenn diese untergeht¹⁾. Aber auch dadurch unterscheidet sich die Forderung von der Obligation, dass sie im Vermögen des Gläubigers ist, was von letzterer nicht gilt. Was für den Gläubiger die Forderung ist für den Schuldner die Schuld, ein „passiver Vermögensbestandteil“.

Ich gebe ohne weiteres zu, dass das Verhältnis zwischen „Forderung“ und „Schuld“ bei Delbrück gänzlich unklar bleibt, der Gedanke, dass die „sachenähnliche“ Forderung im Aktivvermögen des Gläubigers, die sachenähnliche Schuld im Passivvermögen des Schuldners sich befindet, verworren und unbrauchbar ist, dass „Forderung“ und „Schuld“ nur zwei Seiten ein und desselben Dinges, und zwar eines Rechtes und keiner Sache sind, — nichtsdestoweniger bleibt es eine richtige Beobachtung, dass zwischen Obligationen wie Miete, Mandat u. s. w. und den, von den Römern als „actio“, „nomen“, „aes alienum“ gekennzeichneten, Forderungen ein grundsätzlicher Unterschied besteht, sowie, dass dieser Unterschied mit dem Begriffe des Vermögens in irgend einem Zusammenhange steht. Ich will hier vorwegnehmen, was unten näher darzulegen sein wird: Obligation schlechthin ist das Recht auf ein irgendwie vorausbestimmtes Verhalten einer Person, Forderung ist das Recht auf Vermehrung des eignen Vermögens auf Kosten des Schuldnervermögens — das erstere, weil es dem Berechtigten ein natürliches Handeln einer anderen Person zusichert, unerzwingbar, und deshalb vom Rechte i. obj. S. dadurch geschützt, dass dem Berechtigten für den Fall der Verletzung eine Forderung gegen den Verpflichteten zugesagt wird; die Forderung, weil sie den juristischen Vorgang der Rechtsübertragung zum Gegenstande hat, erzwingbar, und somit den Begriff des subjektiven Rechtes in seiner vollsten

¹⁾ Übernahme S. 11.

Entfaltung darstellend. Die Obligation ohne jede Wirkung auf das Vermögen des Obligierten, die Forderung von der allgrössten.

Die Forderungen sind es, die, wenn das Schuldnervermögen übergeht, daran haften bleiben und deshalb den neuen Inhaber zum, alleinigen oder solidarischen, Schuldner machen. Das hat Delbrück geahnt, wenn auch, hauptsächlich infolge seiner unklaren Auffassung des Vermögensbegriffes, nicht scharf erkannt. Äusserungen des Inhaltes: das Eigentum ist ein Amt — die Schuld ist ein Bestandteil des Vermögens — durch die Übernahme wird die Schuld aus dem Vermögen des Urschuldners in das des Übernehmers geleitet — und die aus solchen späterhin gezogenen Folgen, insbesondere die, dass mit Weiterübertragung der Schuld der Übernehmer frei wird, weisen überall auf den richtigen Weg, ohne dass doch Delbrück vermocht hat, ihn einzuhalten. Gürgens, sein Nachfolger, ist der Wahrheit so nahe gekommen, dass er sie mit Händen hätte greifen können —, er hat sie sich leider entgehen lassen. Er gesteht Delbrück zu, dass dem deutschen Recht die Auffassung der Schuld als eines Rechtsverhältnisses des Gläubigers zum Vermögen des Schuldners nicht fremd ist; „denn wenn eine Jahrhunderte lange Praxis, wie Delbrück nachgewiesen hat, in allen Fällen, wo Jemand eine Erbschaft oder ein ganzes Vermögen unter Lebenden auf einen anderen überträgt, den Gläubigern des Veräusserers gegen den Erwerber des Vermögenscomplexes eine direkte Klage gestattet hat, so zeigt sich auch unseres Erachtens darin der Zug deutscher Rechtsanschauung, durch die Schuld den Gläubiger nicht nur zu der Person des Schuldners, sondern auch zu seinem Vermögen in ein Rechtsverhältniss zu setzen“¹⁾. Und so sieht denn Gürgens den Grund der von der Praxis dem Gläubiger gegen den Vermögenserwerber gegebenen Klage nicht etwa in der Schuldübernahme, sondern einzig und allein darin, dass die Praxis das Vermögen, das übertragen wird, selbst für die Schulden des Veräusserers als verhaftet ansieht²⁾. Argument: Fast ausnahmslos lässt man den Erwerber des

¹⁾ Dogmatische Jahrbücher Bd. VIII, S. 255.

²⁾ a. a. O. S. 257.

Vermögens nur für den Fall der Insolvenz haften und nur, so weit das übernommene Vermögen reicht.

Gürgens fehlte nur die Erkenntnis, dass alle die Fälle, in denen die Praxis den Unternehmer dem Gläubiger haften liess, den von Gürgens nur einer einzelnen Kategorie verliehenen Charakter trugen, und seine ganze Schuldübernahme-Theorie hätte einen andern, tauglichen Boden gefunden. Dass ihm die Wahrheit verschlossen geblieben ist, ist um so unbegreiflicher, als Hinrichs¹⁾, auf den er sich ausdrücklich beruft, ganz klar ausgesprochen hatte, dass in den nachgewiesenen Fällen der Schuldübernahme die Haftung des Unternehmers durch den Erwerb eines ganzen Vermögens oder eines einzelnen Aktivum bedingt sei. Ihm hängt die Schuld an dem übernommenen Vermögen oder an der übernommenen Sache, der Erwerb eines Vermögensstückes wird als Bedingung der Verhaftung für die Schuld vorausgesetzt. Ein Fall, wo ohne diese Voraussetzung die Klage des Gläubigers zugelassen wäre, ist ihm nicht nachgewiesen. Von einer „stillschweigenden Übernahme“, wie sie Delbrück für seine Konstruktion verwendet, kann daher nach Hinrichs gar nicht die Rede sein²⁾.

Nicht minder findet sich die richtige Anschauung bei Kuntze³⁾. Seine Theorie der Zweigobligationen hat ihn nicht an der Einsicht verhindert, dass der Verkehr mit Schulden bei weitem keine so selbständige Stellung einnimmt wie der Verkehr mit Forderungen, vielmehr nur Mittel zum Zweck ist, zur Beförderung (besser: zur Sicherung) des Verkehrs mit reellen Vermögensstücken (Grundstücken etc.) dienen soll. Wo die Praxis dem Gläubiger die Klage gegen den Unternehmer unmittelbar auf Grund der Übernahme gegeben hat, sieht Kuntze darin eine Äusserung der Tendenz des deutschen Rechtes, obligatorisch Abwandlungen in Verbindung zu setzen mit dem Besitzerwerb und Besitzverlust sachlicher Vermögensstücke.

Was hat den späteren Schriftstellern⁴⁾, die das Neuland

¹⁾ In der Kieler allgemeinen Monatsschrift von 1853, S. 684 ff.

²⁾ a. a. O. S. 693.

³⁾ Die Obligation und die Succession, S. 328.

⁴⁾ Ausser bei Delbrück, Gürgens, Hinrichs und Kuntze

der Schuldübertragung beachtet haben, den richtigen Weg, den ihre Vorgänger eingeschlagen hatten, verbaut? Das leidige Streben nach dem Gegenstücke zur Cession! Den praktischen Kern in Delbrück's und Gürgens' grundlegenden Ausführungen hat man nicht gewürdigt und einem theoretischen Vorurteile zuliebe den realen Boden sich unter den Füßen schwinden lassen.

B. Der Vermögensbegriff.

Unentbehrlich für die weiteren Darlegungen ist uns der Begriff des Vermögens, über dessen mangelhafte Verwertung in unserer Litteratur sich Bekker¹⁾ mit Recht beklagt. Bekker'sche Darlegungen sind es denn auch, auf denen ich im folgenden vornehmlich fusse.

Die Fassung des Begriffes wird nicht unwesentlich dadurch erschwert, dass in die juristische Denkform eine natürliche Vorstellungsweise hineinspielt. Dieser ist das Vermögen die Summe von Werten, die in einem gegebenen Augenblicke für einen bestimmten Zweck vorhanden sind. Juristisch dagegen ist das Vermögen ein Sammelbegriff für Rechte, die in ihm derartig zusammengefasst werden, dass sie, selbstständig fortbestehend, den Stempel der Zugehörigkeit zu diesem oder jenem Vermögen aufgeprägt erhalten. Das Vermögen ist also nichts selbstständig vorhandenes, sondern eine gewissen Rechten zugeteilte Eigenschaft. Die Rechtswissenschaft ist von zwei verschiedenen Ausgangspunkten zu diesem Sammelbegriffe gelangt, von der Erbschaft und von der Forderung. Es zeigte sich das Bedürfnis, die *uno actu* auf den Erben übergehende Hinterlassenschaft zusammenzufassen²⁾; nicht minder zeigte es sich in den sonstigen Fällen, wo *per universitatem* sämtliche in einer Hand vereinigten Rechte auf eine andere Person übergeleitet wurden. Von dieser Einheit des Übertragungsaktes gelangt man dann dazu, das Vermögen zum

finden sich Ansätze zu einer zweckentsprechenden Verwertung des von der Praxis gebotenen Materials nur bei Sintenis (Civilrecht II § 102 Anm. 132) und bei Dernburg (Pandekten I § 53).

¹⁾ System des heutigen Pandektenrechts I § 40, Beilage I, S. 132.

²⁾ Pernice, *Labeo* I S. 323.

einheitlichen Gegenstand auch anderer Rechtsgeschäfte mannigfachster Art (Schenkung, Dotirung, Verpfändung, Niessbrauchsbestellung) zu machen. Immer aber sind es — das darf nicht aus den Augen gelassen werden — die einzelnen Rechte, die übertragen, verpfändet u. s. w. werden, mag nun das Rechtsgeschäft sich auf das gegenwärtige, oder auch auf das zukünftige oder endlich auf das zukünftig in einem gegebenen Augenblick vorhanden sein werdende Vermögen beziehen. Der Begriff Vermögen dient in jedem Falle nur dazu, eine generelle Bezeichnung der den Gegenstand des Rechtsgeschäftes bildenden Rechte an Stelle einer individuellen Aufzählung zu ermöglichen. Dabei hat vom Vermögen wie von den übrigen sog. universitates juris zu gelten, dass der von ihnen gezogene Umkreis in jedem einzelnen Falle ein verschiedener sein kann ¹⁾. Der rein juristisch-technische Charakter des Begriffes erhellt übrigens am Besten aus der Art, wie das Recht ihn ganz nach Belieben aufnimmt und wieder fallen lässt: Zu einem Vermögen zusammengefasst werden die Rechte verschenkt, verkauft — als Ganzes, per universitatem, übertragen aber werden sie nur in ganz bestimmten Fällen, während in anderen Fällen das Recht den für das obligatorische Geschäft verwendeten Begriff zur Ausführung des unmittelbar daran sich anschliessenden dinglichen Geschäftes nicht für tauglich erachtet und eine individuelle Übertragung der soeben noch generell behandelten Rechte fordert.

Rechten, die zu einem Vermögen zusammengefasst werden sollen, muss natürlich eine Rechtseigenschaft gemeinsam sein; regelmässig ist diese die Bezogenheit auf eine, das Dasein für eine Person, ausnahmsweise die Bezogenheit auf einen unpersönlichen Zweck, sei es, dass die Rechte nur für diesen da sind (Zweckvermögen) oder, dass er ihnen als Nebenzweck gesetzt ist (Sondervermögen). Gleichgiltig ist dabei für uns, ob man, weil herkömmlich die Person, für welche das Recht da ist, als Subjekt desselben bezeichnet wird, auch den unpersönlichen Zweck zur juristischen Person gefrieren lassen muss, um diese dann zum Rechtsträger machen zu können.

Als der Prätor Rutilius die Vermögensexekution

¹⁾ Vgl. Hasse im Archiv f. civil. Praxis V, 1.

auf die Privatgläubiger übertrug, war der Begriff des Vermögens schon vorhanden, erhielt aber eine ganz neue Bedeutung für das Rechtsleben. Der Vermögensexekution verdankt der Vermögensbegriff diejenige Feinheit der Ausbildung, die wir heute an ihm bemerken, ja der Begriff des Sondervermögens überhaupt seine Entstehung. Fortan ist es unmöglich, das Vermögen zu definieren ohne die Forderung in Betracht zu ziehen wie es andererseits nicht angeht, den Vermögensbegriff bei Bestimmung des Wesens der Forderung ausser Acht zu lassen ¹⁾. Dass eine vermögensunfähige Person, wie der römische Haussohn, Schulden haben könne, ist für uns undenkbar geworden.

Ehe wir aber die gegenseitigen Beziehungen von Forderung und Vermögen, in denen der Schlüssel zum Verständnis der notwendigen bestärkenden Schuldübertragung liegt, näher in's Auge fassen, können wir uns nicht der Aufgabe entziehen, dem zur Zeit noch wenig klaren Begriff der Forderung seine Stellung im System der Privatrechte anzuweisen.

C. Die Forderung.

Dass der Begriff der Obligation kein einheitlicher ist, dass vielmehr unter dem einen Namen zwei grundverschiedene Rechtsformen vereinigt werden und dass zu einer Scheidung zweier Obligationsgattungen sich Ansätze bereits im römischen Rechte finden, ist keine neue Behauptung.

Versuche, hier der Doktrin neue Wege zu weisen, finden sich mehrfach. Delbrück ist bereits erwähnt worden ²⁾; bietet er zu wenig um die Sache wesentlich zu fördern, so bietet auf der anderen Seite Punschart ³⁾ zu viel. Einen weiten Schritt voran haben Thon's ⁴⁾ Ausführungen gemacht. Doch glaube ich nicht, dass er die richtige Formel für den Gegensatz gefunden hat. Eine eingehende Kritik seiner Darlegungen würde hier zu weit führen; ich muss mich auf das

¹⁾ Bekker, a. a. O. S. 136.

²⁾ Oben S. 141.

³⁾ Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechtes, S. 69 ff.

⁴⁾ Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 196 ff.

Folgende beschränken. Nach Thon entspricht der Gegensatz der Obligationsgattungen den beiden Arten der rechtschaffenden Imperative, „dem Gegensatz zwischen Verbot und Gebot“¹⁾. Das Verbot bezweckt nach Thon dem Berechtigten ein Gut zu erhalten, das Gebot ihm ein solches zu verschaffen. Setze ich hier für „Gut“ die klarere Bezeichnung „Genuss“²⁾, so tritt der Fehler zu Tage. Denn, genieße ich nicht die Arbeitskraft, die Fähigkeit desjenigen, der mir ein Gut verschafft, ja auch des Künstlers, der mir ein Musikstück ausführt? Worin anders, als in seinem Handeln bestand denn der Genuss, den der Sklave seinem Herrn verschaffte? Ist dem aber so, so bezweckt der an meinen Mandatar, meinen Dienstboten gerichtete Befehl der Rechtsordnung nicht nur, mir Genuss zu verschaffen, wie Thon meint, sondern ebenfalls, mir einen Genuss zu erhalten.

Nicht zwischen positiven und negativen Rechtsbefehlen besteht der gesuchte Gegensatz; es giebt vielmehr eine Gruppe von Rechtsbefehlen, die ebensowohl positiv wie negativ sind. Das sind diejenigen, die dem Verpflichteten ein bestimmtes natürliches Verhalten auferlegen. Stellt man sie denen gegenüber, die einen rein juristischen Vorgang wollen, so ist, wie wir sehen werden, der Gegensatz gefunden.

Der beste Wegweiser ist, wie so oft so auch hier, Brinz. Nur hat seine Unterscheidung von „blossenen Haftungen“ einer- und „klagbaren Haftungen“ andererseits die verdiente Würdigung deshalb nicht gefunden, weil man die — auch meiner Ansicht nach einseitige — Brinzische Auffassung vom Wesen der Obligation nicht teilte und überdies an der unter den klagbaren Haftungen von Brinz noch versuchten Scheidung von Verbindlichkeiten und Schulden berechtigten Anstoss nahm³⁾.

¹⁾ a. a. O. S. 196.

²⁾ „Gut“ erzeugt leicht die Vorstellung eines rechtlich geschützten Genusses (vgl. Dernburg, Pandekten I § 67: „Vermögen ist die Gesamtheit der geldwerten Güter einer Person“), ist daher wenig geeignet um den Gegenstand des Rechtsschutzes zu bezeichnen.

³⁾ Vgl. die Kritik von Rümelin im Archiv f. civil. Praxis LXVIII, S. 182, die denn doch zu sehr ignorirt, wo der Schwerpunkt der Brinz'schen Ausführungen eigentlich liegt.

Brinz ¹⁾ geht davon aus, dass eine Reihe von Obligationen, Miete, Mandat, Gesellschaft u. s. w., regelmässig ein Stadium zu durchlaufen haben, in denen zwar obligatio, aber noch nicht actio vorhanden ist, während andere Obligationen von vornherein actio sind. Das Wesen dieser Erscheinung sieht Brinz darin, dass bei einigen Obligationen das Müssen des Obligierten sich erst aus nicht vorausbestimmten Umständen, mit Eintritt einer *juris condicio*, entwickle und vorher nur eine „blosse Haftung“ vorhanden sei. M. E. ist aber der Begriff des Müssens nicht das richtige Reagens für die Bestimmung des Wesens der in Gegensatz gebrachten Obligationsarten. Denn auch der Mandatar, Mieter u. s. w. muss vom Augenblicke seiner Obligierung an, nur ist sein Müssen ein von Grund andres als das dessen, der 100 versprochen hat. Denn die dem Mandatar, dem Mieter auferlegte Pflicht ist die zu einem natürlichen Verhalten, das der *bona fides* entspricht; die dessen, der 100 versprach, dagegen ist die Pflicht zu einem juristischen Handeln, der Hinüberleitung des Eigentums an 100 in das Vermögen des Berechtigten.

Jede natürliche Handlung, und sei sie die einfachste, lässt sich noch in eine unbegrenzte Reihe von Einzelhandlungen zerlegen, deren jede in einem anderen als dem vom Rechte bestimmten Augenblick oder von einer anderen Persönlichkeit vorgenommen, ein anderes als das vom Rechte gewollte Aussehen tragen würde — sofern überhaupt das obligatorische Recht sich eine derartige Reihe von Handlungen des Verpflichteten und nicht vielmehr nur eine bestimmte Eigenschaft, das der-*bona fides*-entsprechen, aller Handlungen zum Ziele setzte, welche während der Dauer der Obligation von dem Obligierten vorgenommen werden.

Anders sieht die juristische Handlung der Vermögenszuwendung aus; wird sie zum Inhalt einer Obligation gemacht, so ist, wie ich schon hervorhob, ihr Erfolg, der juristische Vorgang, das vom Rechte Gewollte. Und dieser Erfolg ist etwas Gedachtes, erfordert folglich, um in's Leben treten zu können, nicht der Zeit, kann nicht zerlegt werden, von jeder beliebigen Person hervorgebracht werden, also auch vom

¹⁾ Pandekten II, §§ 212, 214.

Richter, kann folglich erzwungen werden. All diese Eigenschaften mangeln der natürlichen Handlung. In dem tiefgreifenden Gegensatze von juristischen und natürlichen Vorgängen sehe ich also das Wesen des für das Verständnis des römischen Obligationenrechtes so wichtigen Gegensatzes der *obligationes dandi* und der *obligationes faciendi*.

„Dare“ im Rechtssinne ist Hinüberleiten eines Rechtes mit Tauschwert aus einem Vermögen in das andere ¹⁾. Zweck der sogenannten *obligatio dandi* ist aber, genau besehen, nicht das Hinüberleiten sondern das Hinübergleiten des Rechtes in das neue Vermögen, ein Vorgang, keine Handlung — andernfalls wäre nicht zu erklären, warum es auf die Person des Handelnden bei der Erfüllung von *obligationes dandi* nicht ankommt. Und zwar handelt es sich, das ist das Wichtigste, um einen juristischen Vorgang.

Im dare liegen die Wurzeln des römischen Obligationenbegriffes. Nur, wenn man sich die Beziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldnervermögen verdeutlicht, sieht, dass beim Gläubiger ein minus, beim Schuldner ein plus vorhanden ist, das ausgeglichen werden soll, und, dass eben zur Sicherung dieses Ausgleiches die Obligation da ist, nur dann ist es möglich, den Begriff der Obligation in seiner ursprünglichen Reinheit zu erfassen und dem drum und dran des späteren Rechtes die gebührende Stelle im Obligationsgebiet anzuweisen. „Jedes Versprechen ist das Versprechen einer Nachleistung auf Grund erhaltener (oder juristisch als erhalten angenommener) Vorleistung, das Wort ohne res ist ein leeres Wort, das Niemandem verpflichtet, erst durch das substantielle Moment des eignen Habens erlangt es verbindende Kraft. Das ist die uralte römische Auffassung, die Jahrhunderte lang die Entwicklungsgeschichte der römischen Obligation beherrscht hat Alle drei Begriffe: Schuldner, Gläubiger, Schuld weisen ihrer sprachlichen Fassung nach zurück auf die Vorstellung des Habens von einem andern“ ²⁾.

¹⁾ Nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod (ita datur, ut) nostrum fiat. (Gaius IV, 4).

²⁾ v. Jhering, Zweck im Recht I S. 270.

Zwar hat schon früh die Obligation in der Stipulation sich von dem *dare* als ihrem Grunde losgelöst, an die Stelle des Vorganges das Wort gesetzt; aber Zweck der Obligation blieb das *dare*, die *res*, — „*dari spondes?*“ die Stipulationsformel römischer Bürger ¹⁾. Das *dare* ist der allein mögliche Inhalt des *stricti juris negotium*; denn nur das *dare* ist ein *certum*; jede andere Leistung erhält ihre Gestalt durch die Umstände unter denen sie sich vollzieht ²⁾.

Auf welche Weise für die Herbeiführung des *facere*, d. h. der Leistung, die nicht *dare* ist, eines natürlichen, keines juristischen Geschehens, die Obligation Mittel geworden ist, darüber hat unsere Wissenschaft mehr und mehr Klarheit erlangt. Es darf als nahezu feststehend betrachtet werden, dass *Commodat*, *depositum*, *pignus*, *Miete*, *Auftrag*, *Gesellschaft* — kurz: fast alle unsere *bonae fidei obligationes* ³⁾ aus in dem Schutze der *fides* begründeten Deliktsobligationen sich entwickelt haben ⁴⁾. Die Bedeutung dieser Thatsache für die Struktur aller jener Obligationen ist mit Händen zu greifen.

Der durch diese Obligationen geschützte Befehl der Rechtsordnung ist gar nicht Inhalt der Obligation. So wenig die *actio furti*, die *actio injuriarum* — wenigstens nach römischer Anschauung ⁵⁾ — aus einem Rechte des Klägers nicht bestohlen, nicht in seiner Ehre gekränkt zu werden, hervorgeht,

¹⁾ Gaius III, 93.

²⁾ Sohm, Institutionen, §§ 62, 63.

³⁾ Nur die Geschichte der Kaufobligation ist noch nicht genügend aufgehellte um sie den übrigen *bonae fidei obligationes* hier an die Seite stellen zu können.

⁴⁾ Der Entwicklung in ihre Einzelheiten zu folgen ist hier nicht der Ort. Vgl. darüber Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II, 2 SS. 561 ff., 604 ff., 614 ff., 632 ff., 651 ff., 663 ff.

⁵⁾ Ob heute ein absolutes Recht der Persönlichkeit als in dem Deliktsansprüche gegen die Verletzung reagierend zu denken ist, ist eine noch zu wenig erörterte Frage, deren Bejahung indessen m. Es. unumgänglich ist um eine Einreihung der Deliktsobligationen in das System der Rechte zu ermöglichen — sofern man sich nicht entschliessen will, auch dem Eigentum den Charakter eines Rechtes zu nehmen und es als blosses Rechtsverhältnis, Rechtszustand zu bezeichnen. Doch kann darüber hier nicht gehandelt werden. Vgl. Brinz, Pandekten I § 66, Regelsberger, Pandekten I § 50 (S. 198) und dort Citierte.

wie vielmehr durch diese Aktionen die Rechtsordnung der Persönlichkeit Schutz verleiht, indem sie verbietet bei Strafe der Gewährung eines Rechtes an den Gekränkten, so hat auch der Commodatar, Depositar u. s. w. ursprünglich nicht geleistet, weil er obligirt war, sondern, weil er nicht obligirt werden wollte. Aber auch als Inhalt einer Obligation später gedacht, ist seine Leistung von dem Inhalte der obligationes dandi grundverschieden.

Was er soll zufolge der Obligation und was er leistet auf sie ist: Verhalten gemäss der bona fides! Wo bleibt da die gewohnte Vorstellung, dass die Obligation dem Verkehr mit Gütern dient ¹⁾, sich durch die Ausübung verzehrt ²⁾, ein minus nicht in der Freiheit, sondern im Vermögen des Schuldners ist ³⁾. Allerdings mindert die bona fidei obligatio die Freiheit des Schuldners, gerade das will sie, dienstbar sein soll der Schuldner dem Gläubiger — nur, dass in weiser Selbstbeschränkung das Recht dem Schuldner gestattet, sich, wenn auch selbst mit Hingabe seines ganzen Vermögens, die Freiheit zu erkaufen ⁴⁾. Hat aber etwa das germanische Eigentum darum weniger als das römische die Herrschaft über die Sache zum Zwecke, weil es dem gutgläubigen Erwerber gestattet, die Sache von der Herrschaft des früheren Eigentümers gegen Erlegung des Wertes zu befreien?

Damit dürfte eine Erklärung dafür gegeben sein, dass die Römer so lange Jahrhunderte hindurch natürliche Handlungen des einen zu Gunsten des andern dadurch hervorgerufen haben, dass sie auf das Nichthandeln die Strafe der Obligirung zu

¹⁾ Dernburg, Pandekten II § 1.

²⁾ Puchta, Pandekten (XII. Aufl.), § 238; Windscheid, Pandekten II § 342, Dernburg, a. a. O. § 55.

³⁾ Sohm, Institutionen § 60.

⁴⁾ Ohne Ausnahme durchgeführt ist diese Beschränkung der Herrschaft über Personen auch nicht einmal; vgl. die Bestimmungen unserer Gewerbeordnung (§ 130) und der partikularen Gesindeordnungen über den Zwang zur Fortsetzung des Lehrlings- und Dienstbotenverhältnisses. Lehrlinge und Dienstboten „dienen“ also in des Wortes voller Bedeutung nicht minder als Soldaten, ja, von der Gebundenheit des Sklaven ist die ihre zwar quantitativ, aber nicht qualitativ verschieden.

einem dare setzten. Auch der Satz: „servitus in faciendo consistere nequit“ enthält, von hier aus besehen, eine neue Bedeutung. Eine derartige Servitut wäre eben eine servitus des Eigentümers der dienenden Sache, nicht dieser selbst gewesen, und das widersprach dem Freiheitsgedanken. Es dürfte auch leicht festzustellen sein, wie, seitdem man begonnen, das natürliche Verhalten gemäss der bona fides als Inhalt der obligatio faciendi zu denken, diese „blosse Haftung“ sich gegenüber den aus ihr hervorgehenden „klagbaren Haftungen“ verhält. Nicht darin, dass zufolge der letzteren der Obligirte soll, zufolge der ersteren aber noch nicht, liegt der Unterschied, sondern darin, dass die erstere ein natürliches Verhalten sich zum Zwecke setzt, die letztere aber dem Obligirten eine juristische Handlung anbefiehlt, zur Genugthuung dafür, dass er dem Soll der blossen Haftung nicht genügt hat, also in Schuld (Schuld = das Gesollte) geraten ist. Dem Thatbestand der blossen Haftung gegenüber enthält also die Schuld ein Plus: die Nichtverwirklichung des Zweckes der ersteren. Die Schuld oder, vom Gläubiger aus gesprochen: die Forderung, ist daher etwas anderes als die Obligation, aus der sie hervorgegangen ist — was zur Genüge schon dadurch bewiesen wird, dass sie den Bestand der Mutter-Obligation überdauern kann.

Hier drängt sich der Vergleich mit den sog. dinglichen Rechten auf. Auch deren Inhalt ein Verhalten, ein Verhältnis, nur nicht zwischen Person und Person, sondern zwischen Person und Sache. Und auch hier als Produkt des Widerstreites zwischen dem thatsächlichen und dem gesollten Verhältnis eine actio, ein Klagerecht, das einen dem Mutterrechte fremden Bestandteil, wiederum die Unbefriedigtheit, enthält, also mit dem Mutterrechte nicht identisch ist, und dessen Obligationsähnlichkeit nicht nur unserer Doktrin, sondern schon den Römern zum Bewusstsein gelangt ist.

Es soll hier nicht auf den immer noch nicht ausgefochtenen Streit über die systematische Frage: Einteilung der Rechte nach dem Zwecke? oder nach dem Mittel zum Zwecke? eingetreten werden. Nur das eine möchte ich betonen: will man die römische Einteilung der Rechte in absolute und relative durch eine dem Zweckgedanken angepasste Scheidung von Herrschaftsrechten (hergebrachter aber unzweckmässiger Weise

„dinglich“ genannten Rechten) und Nichtherrschaftsrechten ersetzen, so ist es eine ganz unerlässliche Konsequenz, dass man die persönlichen Herrschaftsrechte, die *obligationes faciendi*, aus dem Obligationenrechte aussondert und den Sachenrechten angliedert. Setzt man hier „dingliche“ und dort „obligatorische“ Rechte, so begeht man den gefährlichen Fehler, mit zweierlei Mass zu messen. Entscheidet man sich, die römische Einteilung beibehaltend, dafür, absolute und relative Rechte einander gegenüberzustellen, wird man sich doch entschliessen müssen, innerhalb der letzteren von den eigentlichen Obligationen, den Forderungen, die oben skizzirten obligatorischen Zustandsrechte zu scheiden.

D. Die Forderung und das Schuldnervermögen.

Für die Frage der Wechselwirkung zwischen der Obligation und dem Schuldnervermögen ist die Unterscheidung von *obligationes faciendi* und *dandi*, relativen Zustandsrechten und eigentlichen Obligationen, von besonderer Wichtigkeit. Denn nur *obligationes dandi* stellen einen Leitapparat zwischen dem Gläubiger- und dem Schuldnervermögen her, nur sie bedeuten wirtschaftlich genommen, eine Vermehrung des Gläubigervermögens und ein minus im Vermögen des Schuldners. Nur das Schicksal der *obligatio dandi* verknüpft sich daher mit dem des Schuldnervermögens.

Es erhellt aber schon aus dem Gesagten, dass, soviel Berührungspunkte ich auch mit Brinz habe, ich doch nicht seiner Grundanschauung vom Wesen der Obligation huldigen kann, mag dieselbe auch wie geschaffen scheinen um meiner Behauptung, dass die Klage des Gläubigers gegen den sog. Schuldübernehmer in Wahrheit in dem Erwerbe des verschuldeten Vermögens ihren Grund habe, als Unterlage zu dienen. Für Brinz ¹⁾ liegt der Schlüssel zum Obligationsbegriffe in der Haftung, d. h. in der Vorausbestimmung der Person und damit des ihr gehörigen Vermögens für die Exekution. Ich meinerseits stimme der herrschenden Meinung darin zu, dass die Auslieferung des Schuldnervermögens an den Gläubiger

¹⁾ Pandekten II § 206 ff.

der Auffassung des entwickelteren römischen und des heutigen Rechtes nicht Grund sondern Folge der Obligirtheit des Schuldners ist. Brinz lässt — mögen auch die anderen gegen ihn vorgebrachten Gründe nicht stichhaltig sein — unerklärt, wie sich eine Exekution in's Vermögen auch im Verfolg der sog. dinglichen Klagen einstellen kann. Zwar hat er die Möglichkeit dieses Einwandes nicht übersehen, aber wenn er entgegenhält, es müsse, gerade weil die Exekution eine Obligation voraussetze, das dingliche Recht erst durch den Prozess in eine obligatio judicati verwandelt werden, so übersieht er dabei, dass diese Verwandlung auch den obligatorischen Rechten nicht erspart bleibt, also doch wohl andere Gründe haben muss, als Brinz ihr zuschreibt.

Der Wahrheit näher als Brinz kommen Schott¹⁾ und Bekker²⁾ in ihren Ausführungen über die Beziehungen zwischen der Obligation und dem Vermögen des Schuldners. Bekker vor allem hat den richtigen Weg eingeschlagen, indem er allen Erscheinungen, in denen sich eine Wirkung der Obligation auf das Schuldnervermögen zeigt, sorgfältige Beachtung schenkt und es so vermeidet, in der Vermögens-Exekution allein den Schlüssel zum Wesen der Obligation zu suchen. Für keinen Fortschritt gegenüber Brinz aber halte ich es, wenn Schott die Obligation kurzweg als Recht am Vermögen des Schuldners definirt oder Bekker als Recht an einer Person und deren Vermögen. Denn bei alle den Obligationen, die ein Verhalten des Verpflichteten bezwecken, vermag ich Anhaltspunkte für diese Auffassung nicht zu finden. Unbefangener Anschauung muss unbegreiflich erscheinen, was ich denn als Mieter eines Hauses mit dem Vermögen des Vermieters zu schaffen habe. Oder sehe ich mir den Dienstmann, den Droschkenkutscher, mit dem ich verhandele, auf seine Creditwürdigkeit an? Hier fehlt jegliche innere Beziehung zwischen Obligation und Vermögen.

Das richtige ist: nicht die Obligation schlechthin bindet das Vermögen des Schuldners, sondern nur diejenige Obligation, welche Forderung in dem oben

¹⁾ Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, S. 50 ff.

²⁾ Pandekten I § 25 Beil. II, § 40 Beil. I.

angegebenen Sinne ist, d. h. die, deren Zweck und Inhalt das Hinüberfließen eines Rechtes aus einem Vermögen in das andere ist. Nur Forderungen werden durch Vermögensexekution befriedigt, nur Forderungen also auch im Conkurse angemeldet, Die Forderungen endlich sind es, deren Last, Schuld genannt, das Vermögen in bestimmten Fällen auch dadurch nicht von sich abstreift, dass es den Inhaber wechselt. Das Vermögen des Schuldners haftet für die Forderung. Aus diesem Vermögen soll ja der Zweck der Forderung seine Befriedigung erlangen, in der Vermehrung dieses Vermögens hat ja in den weitaus meisten Fällen die Forderung ihre causa ¹⁾).

Ob man daraufhin die Forderung als Recht am Vermögen des Schuldners bezeichnen darf oder sich, wie hergebracht, in erster Linie den Schuldner als Träger und sein Vermögen nur mittelbar belastet vorzustellen hat, ist mir hier gleichgültig ²⁾. Mir kam es nur darauf an, zu zeigen, dass zwischen der Forderung und dem Schuldnervermögen eine Beziehung besteht, die in dem Zweck der Forderung ihre Ursache hat. Denn es liegen darin für mich die Wurzeln derjenigen Erscheinungen, die ich unter dem Namen bestärkende Schuldübertragung zusammengefasst habe.

E. Vermögensübertragung und Schuldübergang.

Wird ein Vermögen veräußert, so erhält damit der Erwerber diejenigen Rechte, aus denen Schulden des Veräußerers gedeckt werden sollten; dem Gläubiger aber sind die Befriedigungsmittel entzogen. Das subjektive Schuldmoment wird hier nur in den seltensten Fällen ausreichen, wenn es gilt für den Gläubiger eine Hilfe zu finden. Dagegen liegt in der Thatsache des Vermögensüberganges ein objektives Moment, dessen Ausbeutung zu Gunsten des Gläubigers dann keinem Bedenken mehr unterliegen kann, wenn man sich überzeugt hat, dass mit einer Belastung des Vermögenserwerbers durch die

¹⁾ Vgl. oben S. 42.

²⁾ Wer der ersteren Denkform huldigt, wird sich nur damit abzufinden haben, dass nach römischem Rechte auch der vermögensunfähige Haussohn Schulden haben kann.

Schulden diesem nichts unbilliges zugemutet wurde. Die Römer haben sich zu dieser Auffassung der Sache grundsätzlich nur in den Fällen unentgeltlichen Vermögenserwerbes entschlossen; einige Fälle, in denen sie weiter gingen, werden wir kennen lernen.

Deutlich zeigt sich das Prinzip der notwendigen Schuldübertragung bei Erbschaft und Arrogation. Der Erbe haftet für die Schulden des Erblassers. Warum? In dem „Begriffe“ der Universalsuccession, wie man vielfach lehrt, wurzelt der Satz nicht ¹⁾. Denn von den zwei nächst dem Erben wichtigsten Mitgliedern der Klasse der Universalsuccessoren haftet der eine, der Arrogator, nur nach prätorischem Rechte und nach eigenartigen Grundsätzen für die Schulden des Antecessors und haftet der zweite, der *bonorum emptor*, überhaupt nicht kraft seiner Universalsuccession, sondern auf Grund des Kaufvertrages und nur prozentisch.

Der Erbe haftet, weil er durch die Erbfolge diejenigen Werte erhält, welche in den Händen des Erblassers zur Befriedigung der himmlischen und irdischen Gläubiger dienen sollten ²⁾. Doch haben die Gläubiger diese Erstreckung der Haftung auf den Erben durch Zulassung der Regel: „*nomina sunt ipso jure divisa*“ erkaufen müssen.

Der *pater arrogans* und der Ehemann einer *uxor in manum conventa* wurden durch die *arrogatio* und *conventio* Universalsuccessoren. Die Schulden gingen *juro civili* nicht über; doch half der Prätor — augenscheinlich um den Arroganten und die *uxor in manu* der Wohlthat der *lex Julia* nicht verlustig gehen zu lassen —, indem er, wenn der Vater oder Ehemann seinen neuen Gewaltbefohlenen nicht gegen den klagenden Gläubiger defendirte, diesen in die *bona* des Gewalthabers einwies. Indess nur in Höhe des überkommenen Vermögens, woraus sich die *ratio* der prätorischen Neuerung klar ergibt.

Ein ferneres Beispiel. Seit uralter Zeit fallen dem Fiskus die Vermögen verstorbener Vestalinnen, seit dem Julisch-

¹⁾ Vgl. darüber Birkmeyer, das Vermögen im juristischen Sinne, S. 146, 254.

²⁾ Brinz, Pandekten (I. Aufl.), S. 660; Bekker, Pandekten I § 40, Beilage II; Pernice, Labeo, I S. 323 ff.

Papischen Gesetz die *bona vacantia* anheim; mit dem Erwerbe dieser Güter gehen aber auch die auf ihnen lastenden Schulden auf den Fiskus über ¹⁾).

Wenn sich diesen Fällen gesetzlichen Schuldüberganges nicht schon in Rom die Schenkung des Vermögens unter Lebenden anreihet, so haben wir den Grund dafür zunächst wohl in der Seltenheit dieses Rechtsgeschäftes zu suchen. Dagegen müssen es grundsätzliche Erwägungen gewesen sein, welche hinderten, dass man die Fälle von entgeltlicher Vermögensveräußerung (Erbschafts Kauf, Hingabe eines Vermögens zur *dos*, Eingehung der *societas omnium bonorum* u. s. w.) mit Erbschaft und Arrogation gleichstellte. Denn, dass auch hier ein Bedürfnis sich geltend machte, die Gläubiger gegen die gänzliche Entblössung ihres Schuldners von Befriedigungsmitteln zu sichern, kommt in der Rechtsregel: „*bona non sunt nisi deducto aere alieno*“ zu deutlichem Ausdruck ²⁾. Indem sie den Vermögensveräußerer berechtigt, das zur Zahlung der Schulden nötige zurückzuhalten und nötigenfalls zurückzufordern, hilft sie indirekt auch dem Gläubiger. Zugleich erhellt aber, dass, wenn der Vermögenserwerber sich den Abzug des Schuldbetrages gefallen lassen musste, er nicht noch überdies gehalten sein konnte, dem Gläubiger für eben dieselben Schulden aufzukommen. Das eine schliesst das andere aus.

Warum aber haben die Römer hier den Umweg gewählt, während ihnen doch, wie wir gesehen haben, der direkte Weg nicht unbekannt war? Der Grund scheint mir folgender. Soll das übergehende Vermögen die Schulden nach sich ziehen, so fragt es sich, an welchen Moment der Schuldübergang sich knüpfen soll. Der Abschluss des obligatorischen Veräußerungs-

¹⁾ Vgl. Pernice a. a. O. S. 180 Anm. 29, S. 348.

²⁾ Siehe darüber Pernice, *Labeo* I S. 344, Birkmeyer, *das Vermögen*, S. 201. Interessant ist übrigens, zu sehen, wie der Fiskus die Denkform: „Vermögen ist, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt“ für sich mit einem ganz neuen Sinn auszustatten wusste. „*Non possunt*“, sagt L 11 de J. F. 49, 14, „*ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt: id enim bonorum cuiusque esse intellegitur quod aeri alieno superest*“; folglich — haftet der Fiskus nur in Höhe der Aktivmasse. Ein ähnlicher fiskalischer Gedankengang unten S. 158.

vertrages kann den Erwerber noch nicht haftbar machen; denn durch diesen Vertrag wird einerseits dem Gläubiger noch gar nichts entzogen und andererseits der Erwerber des Vermögens noch nicht in den Stand gesetzt, den Gläubiger zu befriedigen. Erst der dingliche Übergang des Vermögens kann den Erwerber zum Schuldner machen. Dieser aber zersplittert sich regelmässig in eine Reihe von Einzeltraditionen und -Cessionen; es fehlt also an einem greifbaren Vorgang, mit dem der Schuldübergang zu verknüpfen wäre ¹⁾. Die erwähnten im römischen Rechte gefundenen Beispiele eines notwendigen Schuldüberganges aber treten sämtlich im Gefolge von Universalsuccessionen auf, d. h. von Successionen, bei denen „omnia bona simul“ ²⁾ auf einen neuen Eigentümer übergehen. Eine Universalsuccession kann zwar, wie ich schon sagte (oben S. 156) auch ohne Schuldübergang stattfinden, ein Übergang der auf dem Vermögen lastenden Schulden dagegen ist ohne Universalsuccession undenkbar. Mit diesen Universalsuccessionen hat es nun eine eigene Bewandnis.

Zwar, das bekannte Bild, dass der Universalsuccessor die Persönlichkeit seines Vorgängers fortsetze, halte ich nicht für glücklich gewählt, indess ist doch soviel leicht zu sehen, dass die Universalsuccession immer in Verbindung steht mit dem gänzlichen Untergange einer Vermögenspersönlichkeit. Es handelt sich um ein altehrwürdiges Mittel, herrenlos gewordenen Gütern einen neuen Herren zu geben, vielleicht noch um ein Rudiment aus der Zeit des Geschlechtereigentums. Auf die grundverschiedenen Fälle entgeltlicher Veräusserung angewandt zu werden, war diese Rechtsbildung nicht geeignet ³⁾. Eine Ausnahme hat, wie so oft, so auch hier der Fiskus für sich zu erwirken gewusst. Wer von ihm eine Erbschaft kaufte, wurde zum Universalsuccessor gemacht, damit auf ihn die Schulden abgewälzt werden könnten — eine Bestätigung des oben über die Beziehungen von Universalsuccession und Schuldübergang gesagten.

¹⁾ Vgl. meine Ausführungen im „Erbschafts Kauf“ S. 28.

²⁾ Gai epitome II, 2 § 1.

³⁾ Mit der Ausdehnung auf innerlich verwandte Fälle war es natürlich etwas anderes. Vgl. die Aufzählung bei Hasse im civil. Archiv V S. 49.

Für uns hat die Universalsuccession ihren Nimbus verloren, sie ist uns nichts als die Übertragung eines ganzen Vermögens durch einen Akt. Es steht also nichts im Wege, sie überall anzuwenden, wo es praktisch erforderlich und durchführbar ist.

Sobald man den Vermögensübergang zu einer Universal-succession macht, ist auch die Möglichkeit gegeben, den Erwerber des Vermögens für dessen Schulden neben dem Urschuldner solidarisch haftbar zu machen. Der neue Vermögensinhaber aber kann sich über eine ungerechtfertigte Belastung nicht beklagen. Ihm wird nach dem Satze „*bona non sunt nisi deducto aere alieno*“ vom Vermögen doch die zur Deckung der Schulden nötige Masse vom Aktivbestande zurückbehalten oder abgefordert, regelmässig verbinden daher die Parteien mit dem Veräusserungsvertrage eine Schuldübernahme, derzufolge sich der Vermögenserwerber gegen entsprechenden Abzug am Preise ausdrücklich verpflichtet, für die Schulden dem Veräusserer aufzukommen. Daher der zuerst von Delbrück ausgesprochene Irrtum, dass die Klage, die die deutsche Praxis den Gläubigern gegen den Vermögenserwerber giebt, auf der Schuldübernahme basire.

Mit einer solchen Klage wäre den Gläubigern schlecht gedient. Nicht auf dem Willen der Parteien darf die Haftung des Vermögenserwerbers ruhen, sondern auf dem Gesetz, denn sie soll den Gläubigern gerade helfen in den Fällen böswilligen Verhaltens der Parteien. Böser Wille ist meist schwer nachzuweisen und die auf ihn gegründete paulianische Haftung wird nur zu leicht zur Chimäre — die Praxis weiss ein Lied davon zu singen. Hier bedarf es einer auf einen objektiven Thatbestand gestützten Klage des Gläubigers gegen den, der ihm die Exekutionsmittel entzogen hat. Und ein solcher Thatbestand liegt im Erwerbe des Schuldnervermögens.

Die Praxis fordert die an den Vermögensübergang geknüpfte notwendige bestärkende Schuldübertragung. „Es ist anzunehmen“, sagt eine Entscheidung des Reichsgerichtes vom 20. April 1887 ¹⁾, dass (wenn auch nicht nach den Vorschriften des ursprünglichen römischen Rechtes, so doch nach dem

¹⁾ Entscheidungen Bd. VII, No. 22, S. 100.

gemeinen Rechte, wie es sich durch Vermittelung des römischen Rechtes mit Grundprinzipien des deutschen Rechtes und den Bedürfnissen des Verkehrs durch die Praxis der gemeinrechtlichen Judikatur und Doktrin entwickelt hat), die Gläubiger einer Person, welche durch Vertrag aller aktiven Bestandteile ihres Vermögens (mit alleiniger Ausnahme derjenigen, in welche eine Zwangsvollstreckung nicht stattfindet), einem Anderen gegen Übernahme aller Schulden des ersteren veräussert, aus diesem Vertrage, als solchem, gegen den Übernehmer ihre Forderungen an den Veräussernden zu verfolgen, berechtigt werden“. Sehr klar ist das allerdings nicht ausgedrückt¹⁾; denn der erwähnte Vertrag „als solcher“ enthält zweierlei: die Vermögensübertragung und die Schuldübernahme; indessen soll doch wohl der Erwerb des Vermögens, als des Gegenstandes der Exekution, den Grund für die Haftung des Übernehmers abgeben. Wozu hätte es sonst der Hervorhebung des Vermögenserwerbes bedurft?²⁾ Auch finden sich in den Entscheidungen der Oberlandesgerichte hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass eine Praxis der bezeichneten Art, vor allem in den Fällen der Gutsabtretung seit altersher besteht³⁾. Dass eine grosse Anzahl von Entscheidungen oberster Gerichte die Sachlage ganz falsch verstehen und mit oft recht doktrinären Gründen⁴⁾ dem Gläubiger die Klage gegen den Vermögenserwerber verweigern, kann bei der grossen Ver-

¹⁾ Die Sprachsünden dieses Urteils schreien geradezu gen Himmel.

²⁾ Ein dem citirten verwandtes Reichsgerichtsurteil in Bd. XVI, S. 134 der Entscheidungen drückt sich wenigstens insofern klarer aus, als es aus „Schuldübernahme in Verbindung mit Gutsnachfolge“ den Gläubigern eine Klage giebt, ohne den Beitritt der Gläubiger zu fordern.

³⁾ Vgl. Seuff. Arch. XVIII, 28 (Celle); XVIII, 128 (ebenso); XXI, 40 (ebenso); IV, 241 (Lübeck, welches mit dem Satze, dass der Gutsannehmer die Schulden des Gutes zu tragen habe, wohl zweifellos seine Haftung nach aussen hin feststellen will); XXIV, 115 (Juristenfakultät Erlangen, deren etwas unklarer Ausspruch wenigstens von OLG. Braunschweig [S. A., N. F. XII, 292] im Sinne obiger Urteile verstanden wird).

⁴⁾ Vgl. S. A. I, 77 (Cassel), VII, 316 (Mannheim), N. F. XII, 292 (Braunschweig), N. F. XIV, 14 (dasselbe).

wirrung, die in der Lehre von der Schuldübertragung herrscht, nicht verwundern.

Die Gesetzgebung hat sich den Forderungen der Praxis nicht verschliessen können. Zeugnis davon legen ab: die Bestimmungen des Allg. Landrechtes über die Haftung des Erbschaftskäufers für die Schulden des Nachlasses in Bch. I Tit. 11, §§ 463—65¹⁾, die durch den Beschluss der Gesetzkommision vom 11. Januar 1796 eine zweckmässige Ausdehnung auf den Vitalizienvertrag erfahren haben²⁾. In derselben Richtung bewegen sich das badische Edikt über Vermögensübergabe und Verpfändungen vom 25. 9. 1807, das württemb. Pfandgesetz v. 15. 4. 1825, Art. 41 und das württemb. Pfandentwicklungsgesetz vom 21. 5. 1828, Art. 54—62.

Der deutsche Entwurf will in dem oben (S. 139) citirten § 362 (II. Les.) die geschilderte Entwicklung zum Abschluss bringen, wozu die Motive³⁾ bemerken: „In der Doktrin des gemeinen Rechtes ist die Frage, ob der Erwerber des Vermögens, abgesehen von einer durch den Gläubiger genehmigten Schuldübernahme, den Gläubigern direkt persönlich hafte, noch streitig. Doch neigt die moderne Auffassung dahin, dass den Gläubigern eine direkte Klage gegen den Übernehmer auf Bezahlung der Schulden aus dem übertragenen Vermögen zu gewähren sei. Diese Auffassung hat auch in der Spruchpraxis vielfach Eingang gefunden. Sie entspricht einem wirklichen Verkehrsbedürfnisse.“ In der Kritik des Entwurfes ist dem Grundgedanken des § 362 der Beifall nicht versagt geblieben⁴⁾.

Werfen wir nunmehr einen Blick auf die Fälle, in denen nach Delbrück⁵⁾, auf dessen Darlegungen die ganze moderne Lehre von der Schuldübernahme basirt, die deutsche Praxis dem Gläubiger die direkte Klage gegen den Übernehmer zugesprochen hat. Es sind, um sie nochmals aufzuzählen:

- 1) Erbschafts Kauf,
- 2) Schenkung eines Vermögens,

¹⁾ Vgl. meine Ausführungen in der oben (S. 95) citirten Schrift, S. 18 ff.

²⁾ Ebenda S. 23.

³⁾ II, S. 151.

⁴⁾ Vgl. Gierke in Heft XVIII, S. 115, der Beiträge zur Erläuterung des Entwurfes und dort Citirte.

⁵⁾ Übernahme fremder Schulden S. 81 ff.

- 3) Vitalizienvertrag,
- 4) Leibzuchtsvertrag,
- 5) Bestellung der ehelichen Gütergemeinschaft,
- 6) Vermögensauseinandersetzung,
- 7) Veräußerung eines kaufmännischen Geschäftes,
- 8) Veräußerung eines hypothekarisch belasteten Grundstückes.

Als 9) wäre noch die Übernahme einer vorhandenen Pacht oder Miete bei Erwerb eines Pachtgrundstückes oder Mietshauses hinzuzufügen ¹⁾).

Mit Ausnahme der Fälle 8) und 9), die eine gesonderte Betrachtung erfordern, handelt es sich, wie leicht zu sehen ist, überall um eine Vermögensveräußerung. Ein weiteres Bedürfnis zur Gewährung einer direkten Klage des Gläubigers gegen den sog. Schuldübernehmer aber ist nicht nachgewiesen und nicht nachzuweisen. Ist die Annahme, dass die vielberufene Praxis gar nicht auf eine Klage aus der Schuldübernahme, die, wie ich zu zeigen gesucht habe, theoretisch und praktisch ein Unding ist, sondern auf eine Klage aus der Vermögensübertragung gezielt habe, — ist diese Annahme von der Hand zu weisen?

Zweifel können nur noch die Hypothekenübernahme und die Mietsübernahme erwecken. Auch diese Zweifel gedenke ich zu beseitigen.

III. Die Hypothekenübernahme und der Eintritt in Miete und Pacht bei Übernahme des Miets- und Pachtobjektes.

Dass in den Fällen der Übernahme einer Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis das Verkehrsbedürfnis die direkte Klage gegen den Übernehmer fordert, ist unbestritten und zudem durch das preussische Gesetz vom 5. 5. 72, dessen interessante Vorgeschichte bei Delbrück zu finden ist, in § 41 und durch verwandte Gesetze ²⁾ ausdrücklich sanktioniert worden, dieser § 41 lautet:

¹⁾ Vgl. Seuff. Arch. XXI, 102 und XXVIII, 22.

²⁾ Bayr. Hypotheken-Ges. vom 1. 6. 22, § 56 und bayr. Gesetz vom 29. 5. 86 Art. 2; sächs. G. B. § 432.

„Hat der Erwerber eines Grundstückes die auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Übernahmevertrag nicht beigetreten ist.

Der Veräusserer wird von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräusserer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Eigentümer des Grundstückes gekündigt und binnen 6 Monaten nach Fälligkeit eingeklagt hat. Ist das Kündigungsrecht noch für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen, so verlängert sich die Frist um diese Zeit.“

Die Meinung des Gesetzgebers scheint mir aus Abs. II ganz klar hervorzugehen: die Absicht der Schuldübernahme-Parteien ist, den Übernehmer an Stelle des Urschuldners in die Forderung zu setzen. Das soll erreicht werden durch die im Falle des Schweigens zu vermutende, Zustimmung des Gläubigers zum Schuldübernahme-Vertrage. „Der Übernehmer“ sagt eine Entscheidung des Reichsgerichtes ¹⁾, „succedit kraft gesetzlicher Vorschrift in die Obligation des Schuldners Es würde der Entwicklung, welche die Schuldübernahme im modernen Rechte gefunden hat, direkt widersprechen, wenn man annehmen wollte, dass durch den Vertrag zwischen dem alten und neuen Schuldner eine Änderung des Gläubigerrechtes in dessen objektivem Bestande herbeigeführt werden könnte“ ¹⁾.

Die unerwünschten Consequenzen, die, wie sogleich zu zeigen sein wird, sich bei dieser Auffassung aus dem Gesetze ergeben, hat Bähr ²⁾ zum Beweise dafür herangezogen, dass die in § 41 Abs. I dem Gläubiger gewährte Klage ihre Grundlage in dem durch die Schuldübernahme zu Gunsten des Gläubigers geschlossenen Vertrage habe und nicht die Klage aus der Urschuld sei ³⁾. Eine Konstruktion, die auch in der Rechtsprechung des Obertribunals ⁴⁾ Vertretung gefunden hat,

¹⁾ Entscheidungen Band I, No. 142. Die hier ausgesprochene Ansicht ist vom Reichsgericht constant verfochten worden.

²⁾ Über Verträge z. G. dr. in „Urteile des Reichsgerichts“, S. 88 ff.

³⁾ Vgl. dazu das oben (S. 137) Gesagte.

⁴⁾ Entscheidungen Bd. 80, No. 6.

aber nur dann theoretisch haltbar ist, wenn in der Schuldübernahme das Versprechen liegt, die Schuld dem Gläubiger zu zahlen, worüber das früher (S. 138) gesagte zu vergleichen ist. Der § 41 vollends steht nicht auf dem Boden der Bähr'schen Konstruktion. Nach Bähr nämlich würde der Übernehmer, der in Verfolg der Hypothekenübernahme den Urschuldner *expromittirte* ¹⁾, dadurch von seiner Verpflichtung gegen letzteren nicht frei, da er ihm ja versprochen hat, die Schuld zu zahlen. Ferner aber will ja doch der § 41, indem er in Abs. I dem Gläubiger eine Klage gegen den Übernehmer giebt ihn dazu veranlassen, den Urschuldner gemäss Abs. II freizulassen; der Gläubiger wird sich aber dafür bedanken, für die sichere Klage aus eigenem Rechte die unsichere Bähr'sche Klage aus fremdem Rechte einzutauschen, nicht minder, wie der Übernehmer sich hüten wird in die Urschuld einzutreten, wenn er dadurch nicht von seinen Verpflichtungen gegen den Urschuldner frei wird.

Fasst man andererseits den § 41 so auf wie ich es im Einklang mit der herrschenden Meinung thue, so kommt man zu ganz unerträglichen Folgen. Ich habe eine Reihe von Bedenken schon an anderer Stelle ²⁾ vorgetragen. Das Reichsgericht ³⁾ hat folgenden Fall zu beurteilen gehabt: B kauft von H ein Grundstück und übernimmt eine darauf lastende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld. Nach erfolgter Auflassung wird der Kauf rückgängig gemacht, H kauft von B das Grundstück zurück und übernimmt auch wieder die Hypothek. Bei der Zwangsversteigerung fällt die Hypothek aus. Der Gläubiger belangt hierauf den B mit der persönlichen Klage auf Bezahlung der bei dem ersten Verkaufe übernommenen Hypothek. — Das Reichsgericht hat B auf Grund des § 41 des Gesetzes vom 5. 5. 72 zu Recht verurteilt. Dass aber die Entscheidung dem gesunden Rechtsgeföhle entspräche wird nicht leicht behauptet werden ⁴⁾.

¹⁾ Vgl. oben S. 95 ff.

²⁾ Vgl. oben S. 107 ff.

³⁾ Entscheidungen I No. 48, vgl. Bähr, Urteile d. RG. unter No. 1.

⁴⁾ Welche Zweifel und Schwierigkeiten das Gesetz der Rechtsprechung bereitet, ergeben die Urteile Bd. VII, No. 72; XIX, No. 48; XXII, No. 50; XXIX, No. 63. (Nach diesem Urteil soll der Ver-

Der § 41 des Gesetzes über den Eigentumserwerb hat sich denn auch wenig Freunde erworben ¹⁾. Mit Recht hat man darauf hingewiesen, dass die cumulative Haftung des Übernehmers, die Abs. I als nächste Folge der Schuldübernahme eintreten lässt, dem im Vertrage zum Ausdruck kommenden Parteiwillen wenig entsprechen dürfte ²⁾. Der Fehler ist eben auch hier der gewesen, dass man die Haftung des Erwerbers an die Schuldübernahme geknüpft hat, anstatt sie als Folge des Grundstückserwerbes eintreten zu lassen. Deshalb enthalten auch die von den zur Zeit geltenden Gesetzen abweichenden Bestimmungen der §§ 358, 359 des deutschen Entwurfes II jenen gegenüber eine Verbesserung nicht.

Wenn heute bei der Veräußerung hypothekenbelasteter Grundstücke die Übernahme der Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis durchaus die Regel bildet, was ist der Grund? Schon die Bezeichnung, die die Parteien dem Geschäft gaben, lässt ihn erkennen. Die Hypothek wird übernommen. Also nicht die persönliche Forderung ist es, an die die Parteien zunächst denken, sondern die Belastung des Grundstückes. „Die Erfahrung lehrt“, wie es in den Motiven zum Entwurfe des § 41 des Gesetzes über den Eigentumserwerb ³⁾ heisst, „dass der Gläubiger hauptsächlich sein Augenmerk auf den Erwerb der Hypothek richtet, dass ihm daneben die Person des Schuldners zurücktritt, dass er die Sicherheit des Grundstückes prüft, und, wenn diese ihm genügend er-

äusserer dadurch, dass er dem Gläubiger die Schuldübernahme bekannt giebt, seine Verpflichtung zu einer resolutiv bedingten machen. Wie kommt denn der Schuldner dazu, so über seine Schuld zu verfügen? Nach R. G. ist diese Modifikation ein Äquivalent dafür, dass aus § 41, I der Gläubiger einen neuen Schuldner erhält. Nun erlangt aber der Gläubiger die Klage aus § 41, I mit dem Übergange des Grundstückes, der Anspruch des Veräusserers dagegen wird resolutiv bedingt mit der Anzeige an den Gläubiger. Sollten die sonach auf verschiedener Grundlage ruhenden Rechtswirkungen sich gegenseitig bedingen? Und ferner: wie stimmt zu diesem Ausspruche des R. G. das, was R. G. in Bd. XXIX, No. 54 sagt?)

¹⁾ Vgl. Motive zum deutschen Entwurf, Bd. II S. 149.

²⁾ Regelsberger im Civil. Archiv LXVII, S. 30.

³⁾ Ausgabe der Motive von Werner, II S. 21.

scheint, nicht weiter die Person des Schuldners beachtet“. Der Unterschied zwischen der persönlichen und der dinglichen Haftung kommt heute nur noch wenigen Hypothekengläubigern zum Bewusstsein ¹⁾. Die Hypothek hat ihren accessorischen Charakter in der deutschen Rechtsentwicklung mehr und mehr aufgegeben, sie ist wirtschaftlich das Mittel zur Beteiligung des mobilen Kapitals an der Grundrente, juristisch zu einem gegen jeden Inhaber des belasteten Grundstückes wirksamen d. h. absoluten Forderungsrechte geworden, sie hat den Charakter der Grundschuld angenommen.

Näher auf diese Frage einzugehen ist hier nicht der Ort. Aber dass die geschilderte Tendenz dem deutschen Rechte wirklich innewohnt, wird nicht leicht bestritten werden, während auf der anderen Seite gar nicht von mir geleugnet werden soll, dass auch heute noch Fälle, in denen die Hypothek ihren accessorischen Charakter bewahrt, nicht zu den Seltenheiten gehören; man braucht nur an Cautions- und gesetzliche Hypotheken zu denken. Aber diese zur Sicherung kurzlebiger Forderungen bestellten Hypotheken sind es auch nicht, welche den Streit über die Schuldübernahme heraufbeschworen haben, sondern es sind jene, dauernder Kapitalsanlage dienenden absoluten Forderungsrechte, die aus einer Hand in die andere wandern und den Besitzer des belasteten Grundstückes immer wieder wechseln sehen.

Es ist nur eine Wirkung der Anschauung, dass der jeweilige Eigentümer des verhypothecirten Grundstückes der eigentlich Verpflichtete sei, wenn die Praxis bei Veräußerung von Grundstücken unter Übernahme der Hypotheken den Gläubigern die direkte Klage gegen den neuen Eigentümer gewähren zu müssen geglaubt hat.

Eigentlich würde es sich also um eine befreiende, nicht um eine bestärkende Schuldübertragung handeln. Solange aber noch unser Hypothekenwesen den accessorischen Charakter der Grundstückshaftung im Prinzipie beibehält, wird es sich empfehlen, den Weg des § 41 des Preussischen Eigentums-

¹⁾ Seuffert in Heft XI S. 47 der Beiträge zur Erläuterung des deutschen Entwurfes.

gesetzes insofern zu wählen als man (nicht aus der Schuldübernahme, sondern aus dem Grundstückserwerbe!) den Grundstückserwerber zunächst kumulativ haften lässt unter Bestellung einer Präklusivfrist, binnen deren der Gläubiger zu erklären hat, ob er den alten oder den neuen Eigentümer als Schuldner haben will ¹⁾).

Den Grund der Haftung des neuen Eigentümers aber bildet, um dies noch einmal hervorzuheben, nicht die Schuldübernahme sondern der Erwerb des Grundstückes. Die Verwandtschaft dieses Falles der Schuldübertragung mit den oben (S. 162) behandelten ist mit Händen zu greifen.

Hinzuzufügen sind noch wenige Worte über die Übernahme von Miete und Pacht bei der Veräusserung von Grundstücken.

Auch in diesen Fällen hat sich das Bedürfnis geregt, gegen den „Schuldübernehmer“ eine direkte Klage zuzulassen ²⁾. Da es sich aber hier immer um eine zweiseitige Obligation handelt, in die der neue Schuldner eintreten soll, so sind die Schwierigkeiten, wenn möglich, noch grösser als in den anderen Fällen der Schuldübernahme.

Im Grunde liegt allerdings die Sache hier nicht anders als bei der Hypothekenübernahme. Worauf die Praxis eigentlich hinaus will, lehren die Erörterungen, die in der Commission für das bürgerliche Gesetzbuch dazu geführt haben, in die zweite Fassung des Entwurfes den Satz „Kauf bricht nicht Miete“ aufzunehmen ³⁾. Die Gewährung der direkten Klage des Mieters gegen den neuen Eigentümer des Grundstückes auf Grund der Schuldübernahme, war nur ein Versuch, den unliebsamen Satz „Kauf bricht Miete“ zu umgehen. Es handelt sich also auch in diesem Falle um einen von der Theorie verkannten Ansatz zur Schaffung einer notwendigen Schuldübertragung.

¹⁾ Die Bemerkungen von Seuffert a. a. O. können als Richtschnur für die Einzelheiten der Gestaltung dienen.

²⁾ Vgl. die oben S. 162 Anm. 1 citirten Entscheidungen; Danz, Forderungsüberweisung, S. 118; Bähr, Jahrbücher f. Dogmatik VI, S. 143.

³⁾ Vgl. die Anmerkung von Reatz zu § 512 der II. Lesung des Entwurfes (Ausgabe von Reatz, Heft III S. 270).

Das Resultat.

Werfen wir einen Blick zurück auf den Gang der Beweisführung. Ich habe nachzuweisen gesucht, dass die bisher gemachten Versuche, dem Gläubiger aus dem vom Urschuldner geschlossenen Übernahmevertrage eine Klage gegen den Schuldübernehmer zu verschaffen, als gescheitert betrachtet werden müssen. Es wurde damit die Frage brennend: Wie ist die von Delbrück nachgewiesene Praxis, welche dem Gläubiger in bestimmten Fällen die direkte Klage gegen den Übernehmer gewährt, dann überhaupt theoretisch zu konstruieren. Ich habe geantwortet: Es handelt sich nicht um vertragsmässigen, sondern um Schuldübergang kraft Rechtsnotwendigkeit. Ich habe darauf hingewiesen, dass diese Auffassung der Sache älteren Bearbeitern der Lehre nicht fremd war, und habe zu zeigen gesucht, dass das Wesen der Forderung, der Umstand, dass der Gläubiger zu seiner Befriedigung auf das Schuldnervermögen angewiesen ist, darauf hindrängt, das Schuldnervermögen auch dann forthaften zu lassen, wenn es den Inhaber wechselt. Ich habe endlich zu zeigen gesucht, dass diese „Verdinglichung der Forderung“ — wie ich es einmal unter Verwendung des hergebrachten Wortes „dinglich“ für das richtigere „absolut“ nennen will — eine Rolle, auch in den Fällen gespielt hat, wo die Schuldübertragung nicht anknüpft an den Übergang eines ganzen Vermögens, sondern an den eines einzelnen Vermögensstückes.

Damit hoffe ich die Schwierigkeiten, welche die Theorie bei dem Bestreben nach konstruktiver Bearbeitung des von der Praxis gebotenen Materials gefunden hat, im wesentlichen gehoben und meine Aufgabe gelöst zu haben.

Soeben sind erschienen:

Charles Kingsley,
Römer und Germanen.

Eine Reihe von in Cambridge gehaltenen Vorträgen.

Nach der von Professor Max Müller in Oxford herausgegebenen 9. englischen Auflage
übersetzt von

Marla Baumann.

19 $\frac{1}{2}$ Bogen 8. Preis 4 Mk., geb. 5 Mk.

„Bücher sind kostbare Erbstücke, das Vermächtnis eines Menschen an kommende Geschlechter“ sagte Kingsley einst. Als ein Vermächtnis an die germanischen Stämme ist das vorliegende Buch zu betrachten.

Die Jahrhunderte langen Kämpfe der germanischen Stämme gegen Rom werden hier in meisterhafter, ungemein ergreifender und anregender Weise geschildert. Geschichte will Kingsley in dem Buche weniger lehren, als wie man Geschichte verstehen lernen soll.

Nach dem einstimmigen Urteil derer, die die Vorträge zu Cambridge gehört haben, regten sie vor allen Dingen das Interesse der jungen Leute an, die von nun an bei den Universitätsbibliotheken Bücher verlangten, nach denen früher niemals von Studenten gefragt worden war. Viele Leute, die die Vorträge später lasen, gewannen neues Interesse an alten, halbvergesenen Königen und Schlachten, und selbst unfreundliche Kritiker wurden gezwungen, anzuerkennen, daß z. B. Kapitel wie „Der Mönch als Kulturträger“, eine überraschende Kraft offenbarten, die guten Seiten solcher Charaktere zu schätzen, die sonst dem Apostel eines männlichen Christentums höchst unsympathisch sind. Die Vorträge enthalten tatsächlich die Gedanken des Dichters, Sittenpredigers, Staatsmannes, Theologen und vor allem des Freundes und Ratgebers junger Männer, mit denen und für die er eine der furchtbarsten Perioden der Weltgeschichte — die Todesqualen eines sterbenden Reiches und die Geburt neuer Nationen studierte. Die Geschichte war nur sein Text, sein Hauptziel war das des Lehrers und Predigers, und als beredter Dolmetscher der Absichten der Geschichte vor einer Zuhörerschaft junger Männer, denen Weltgeschichte leider oft nur als eine Reihenfolge von Ereignissen erscheint, die man auswendig zu lernen hat, erreichte er, was er zu erreichen wünschte. Berufsmäßige Geschichtslehrer werden vielleicht enttäuscht über einige Stellen dieses Buches sein; aber selbst sie werden wahrscheinlich jetzt auch gelten lassen, daß darin ganze Kapitel glänzend gelungen und reich an machtvollen Aussprüchen, glücklichen Umrissen, scharfen Bemerkungen, kräftigen Ausdrücken wahrer Beredsamkeit sind, die man unmöglich der Vergessenheit übergeben durfte.

Es wäre unmöglich gewesen, Änderungen oder Verbesserungen scheinbarer Fehler einzufügen. Das Buch soll kein maßgebendes Geschichtswerk sein, ebensowenig wie Schillers Geschichte des Dreißigjährigen Krieges. Man soll es künftig als das lesen, wozu es von Anfang an bestimmt ward, — Kingsley's Gedanken über einige sittliche Probleme, dargestellt durch den Kampf zwischen Römern und Germanen.
(Aus der Einleitung Max Müllers.)

Soziale Briefe an reiche Leute

von

Friedrich Naumann,

Pfarrer in Frankfurt a. M.

Al. 8. Preis in Kalblederpapier fein kartonniert 1 Mk.

Die glänzende und überzeugende Schreibweise des Verfassers zeichnet auch diese Briefe aus, welche eine Ergänzung zu dem von ihm verfaßten 1. Hefte der Göttinger Arbeiterbibliothek (Jesus als Volksmann) bilden.

Sobald erscheint:

Göttinger Arbeiterbibliothek

herausgegeben

von

Pfarrer **Fr. Naumann**, Frankfurt a. M.

in Verbindung mit P. **Paul Göhre**=Frankfurt a. D., P. Dr. **O. Lorenz**=Erfurt, P. Dr. **E. J. Lehmann**=Hornberg, P. **M. Wenck**=Darmstadt, P. **Ebert**=Hamburg-Rothenburgsort, P. **Fr. Müller**=Eichberg (Posen) u. A.

Jedes Heft kostet 10 Pfg.

Gegen Einsendung von 1 M. 25 Pf. die 10 Hefte des laufenden Bandes einzeln bei Erscheinen postfrei.

Partiepreise für Vereine und Private

bei vorheriger postfreier Einsendung des Betrages.

(Die Partien können auch aus verschiedenen Heften gebildet werden.)

50—99 Hefte je 8 Pf. postfrei; — 100 und mehr Hefte je 7 Pf. postfrei.

1—12 Hefte liefern wir zu je 10 Pf., und nur, wenn das Porto mitgesandt ist.

13—49 Hefte postfrei zu je 10 Pf. — Porto für 1—2 Hefte: 3 Pf.; 3—4 Hefte: 5 Pf.; 5—12 Hefte: 10 Pf.

Erschienen sind vom I. Bande, der 10 Hefte umfassen soll:

Heft 1: **Jesus als Volksmann.** Von Pfarrer Naumann. Preis 10 Pfg.

„ 2/3: **Die Börse. I.** (Zweck und äußere Organisation.) Von Professor Dr. Max Weber=Freiburg i. Br. Preis 20 Pfg.

„ 4: **Bodenwucher und Bodenbesitzreform.** Von E. J. Lehmann. 10 Pfg.

In nächster Zeit sollen folgen:

Die Börse. II. (Abwicklung des Börsenverkehrs.) Von Professor Dr. Max Weber. (Doppelheft.) Preis 20 Pf.

Luther und die Bauern. Von Pfarrer Dr. theol. Martin Rade=Frankf. a. M. 10 Pf.

Von der Hauswirtschaft zur Weltwirtschaft. Von Pastor M. Wenck. 10 Pf.

Der 8-Stunden-Tag. Von Pfarrer Theodor Traub=Stuttgart.

Gesunde Wohnungen. Ein Wort für die Baugenossenschaften. Von Dr. W. Ruprecht=Göttingen. 10 Pf.

Die Sachseingängerei. Von Pastor Rauh=Cladow b. Wilhelmsfelde.

Das sozialistische Element in der französischen Revolution. Von Professor Dr. Hans Delbrück=Berlin.

Materialistische oder evangelisch=christliche Weltanschauung in der Arbeiterfrage. Von Pastor Dr. O. Lorenz=Erfurt.

Die evangelisch=sozialen Kongresse. Von Pastor Paul Göhre=Frankfurt a. D.

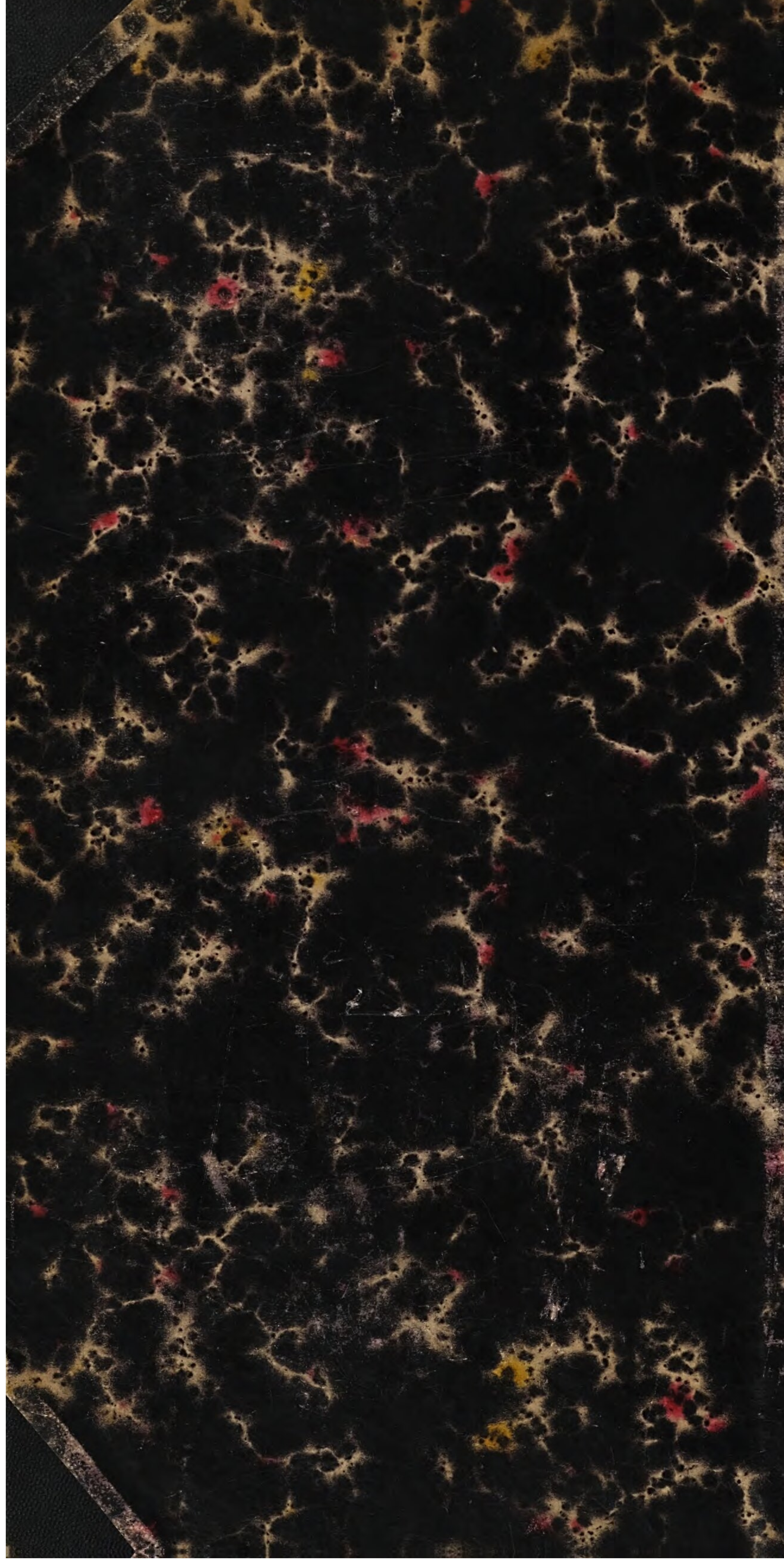
Wir freuen uns, für dieses seit Jahren von uns erstrebte Unternehmen in den neuerdings festgelegten

„Grundlinien für ein evangelisch=soziales Programm
als Anhalt für Vorträge und Diskussionen in den Evangelischen Arbeitervereinen“

welche auch auf dem Umschlage des ersten Heftes vollständig abgedruckt sind

einen festen Boden, und in dem bekannten Vorkämpfer der evangelisch=sozialen Bestrebungen einen umsichtigen Leiter gewonnen zu haben, dem die Gewinnung der bewährtesten Kräfte vollständig geglückt ist.

Wenn auch die blauen Hefte vor allem Stoff zur Schulung der Mitglieder der mächtig aufstrebenden Evangelischen Arbeitervereine bieten sollen, so wenden sie sich doch nicht weniger an die Besitzenden, von denen so Viele nur Umsturz und Auflehnung aus den rufenden Stimmen unsrer Zeit herauszuhören vermeinen und leider an der Schwerfälligkeit und dem gutmütigen Ruhebedürfnis weiter Kreise noch immer einen wirksamen Bundesgenossen finden.



Blume, Wilhelm <<von>>,

Novation, Delegation und Schuldübertragung Abhandlungen aus d. röm. Rechte

Göttingen 1895

J.rom.m. 49 g

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637414-9